

A-285-05
2006 FCA 398

A-285-05
2006 CAF 398

Uniboard Surfaces Inc. (Applicant)

Uniboard Surfaces Inc. (demanderesse)

v.

c.

Kronotex Fussboden GmbH and Co. KG, Stevens-Dufour Inc., Goodfellow Inc., Kronoflooring GmbH, Beijing Kronosenhua Flooring Co., Quality Craft Ltd., Quickstyle Industries Inc., Kaindl Flooring GmbH, Kronospan Luxembourg S.A., Unilin Flooring NV, Torlys Inc., Government of the People's Republic of China, Sichuan Shengda Wooden Products Col. Ltd, Vohringer Wood Product Co. Ltd, Asia Dekor Industries (Shenzhen) Co. Ltd, Shaw Industries Inc., Mohawk Industries Inc., Shanghi Allsun Wood Industry Co. Ltd, Matériaux à Bas Prix, Kronopol Ltd, Lamwood Products (1990) Limited, Akzenta Paneel and Profile GmbH or the Classen Group of Companies, Yekalon Industry, Inc., and Espace Production International (Epi), S.A. (Respondents)

Kronotex Fussboden GmbH et Co. KG, Stevens-Dufour Inc., Goodfellow Inc., Kronoflooring GmbH, Beijing Kronosenhua Flooring Co., Quality Craft Ltd., Quickstyle Industries Inc., Kaindl Flooring GmbH, Kronospan Luxembourg S.A., Unilin Flooring NV, Torlys Inc., Gouvernement de la République populaire de Chine, Sichuan Shengda Wooden Products Col. Ltd, Vohringer Wood Product Co. Ltd, Asia Dekor Industries (Shenzhen) Co. Ltd, Shaw Industries Inc., Mohawk Industries Inc., Shanghi Allsun Wood Industry Co. Ltd, Matériaux à Bas Prix, Kronopol Ltd, Lamwood Products (1990) Limited, Akzenta Paneel et Profile GmbH ou Classen Group of Companies, Yekalon Industry, Inc., et Espace Production International (Epi), S.A. (défendeurs)

and

et

Attorney General of Canada (Intervener)

Procureur général du Canada (intervenant)

INDEXED AS: UNIBOARD SURFACES INC. v. KRONOTEX FUSSBODEN GMBH AND Co. KG (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : UNIBOARD SURFACES INC. c. KRONOTEX FUSSBODEN GMBH ET Co. KG (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Décary, Noël and Nadon J.J.A.—Ottawa, November 22 and December 7, 2006.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Noël et Nadon, J.C.A.—Ottawa, 22 novembre et 7 décembre 2006.

Foreign Trade — Judicial review of decision by President of Canada Border Services Agency under Special Import Measures Act to terminate dumping investigation against four European countries as margin of dumping insignificant — Procedural rights afforded by Act at extreme bottom of procedural fairness scale — Here, dealing essentially with paper investigation — Flaws in Agency's procedural rules inconsequential in context of whole investigation — Requirements of duty of procedural fairness not breached — President not erring in law in refusing to disclose verification reports — Evidence applicant seeking in fact oral testimony not contemplated by Parliament, Agency's rules — President also not erring re: calculation of related party transaction prices, margin of dumping — Application dismissed.

Commerce extérieur — Contrôle judiciaire de la décision du président de l'Agence des services frontaliers du Canada en vertu de la Loi sur les mesures spéciales d'importation de clore l'enquête sur le dumping portant sur quatre pays européens en raison des marges de dumping négligeables — Les droits de nature procédurale reconnus par la Loi se situent à l'extrémité inférieure de l'échelle en matière d'équité procédurale — En l'espèce, l'enquête était essentiellement une mesure administrative — La façon dont les règles de procédure établies par l'Agence ont été appliquées comportait des lacunes sans conséquence sur l'ensemble de l'enquête — Il n'y a pas eu manquement aux exigences de l'obligation d'équité procédurale — Le président n'a pas commis d'erreur de droit lorsqu'il a refusé de divulguer les rapports de vérification — Les éléments de preuve auxquels la demanderesse n'avait pas accès étaient en fait des

témoignages — Ni le législateur ni les règles de l'Agence ne prévoient de témoignages — Le président n'a pas non plus commis d'erreur de calcul relativement au prix de transfert dans le cas d'opérations avec apparentés et à la marge de dumping — Demande rejetée.

Administrative Law — Judicial Review — Grounds of Review — Procedural fairness — President of Canada Border Services Agency terminating dumping investigation under Special Import Measures Act on basis margin of dumping insignificant — Principles, case law pertaining to procedural fairness reviewed to determine level of procedural fairness required, whether prejudice factor coming into play — Not all breaches of procedural fairness vitiating decision — Court may deny relief on basis breach inconsequential, trivial, technical — Mistake to routinely attempt to apply to given process each of factors set out in Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) — Important economic consequences of President's decision for those concerned neutralized by other factors: type of investigation, statutory scheme, Agency's procedural choices — Participatory rights afforded by Act at bottom of scale in light of magnitude of these types of investigation — Flaws in application of Agency's procedural rules inconsequential in context of whole investigation — Applicant had full opportunity to be heard — Procedural fairness not breached.

Construction of Statutes — Special Import Measures Act, ss. 30.2(1), 78, 82, 84 — Dumping, subsidization investigation by Canada Border Services Agency under Act terminated against four European countries on basis margin of dumping insignificant — Agency President not erring in law in refusing to disclose verification reports — Applicant seeking access to information provided orally, summary, description, analysis, interpretation of that evidence — Not “information” “provided to President” within meaning of ss. 78, 82, 83 — Oral testimony not contemplated by Parliament, Agency's rules — Reasonable for President to interpret Act, s. 30.2(1) as allowing Agency take into consideration all export sale prices, including those revealing no dumping in calculation of margin of dumping.

This was an application for judicial review of the President of the Canada Border Services Agency's tripartite final

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Motifs — Équité procédurale — Le président de l'Agence des services frontaliers du Canada a clos l'enquête sur le dumping en application de la Loi sur les mesures spéciales d'importation en raison des marges de dumping négligeables — Les principes d'équité procédurale et la jurisprudence en la matière ont été passés en revue dans le but de déterminer quelle était l'étendue de l'obligation d'équité procédurale et si le préjudice était un facteur qui entrainait en jeu — Les manquements à l'équité procédurale n'entraînent pas tous la nullité de la décision — La Cour peut refuser d'accorder la réparation demandée si elle estime que le manquement ne tire pas à conséquence, est sans importance ou est purement formel — Ce serait une erreur de chercher systématiquement à appliquer à un processus donné chacun des facteurs énoncés dans Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) — Les importantes conséquences économiques de la décision du président pour les personnes visées ont été neutralisées par d'autres facteurs : le type d'enquête, la nature du régime législatif et les choix de l'Agence en matière de procédure — Les droits de participation reconnus par la Loi se situent à l'extrémité inférieure de l'échelle en raison de l'envergure de ces types d'enquêtes — La façon dont les règles de procédure établies par l'Agence ont été appliquées comportait des lacunes sans conséquence sur l'ensemble de l'enquête — La demanderesse a eu toute possibilité de se faire entendre — Il n'y a pas eu manquement à l'équité procédurale.

Interprétation des lois — Art. 30.2(1), 78, 82, 84 de la Loi sur les mesures spéciales d'importation — Il a été mis fin à l'enquête sur le dumping et le subventionnement portant sur quatre pays européens qui était menée par l'Agence des services frontaliers du Canada en application de la Loi en raison des marges de dumping négligeables — Le président de l'Agence n'a pas commis d'erreur de droit lorsqu'il a refusé de divulguer les rapports de vérification — La demanderesse voulait avoir accès aux renseignements communiqués de vive voix ainsi qu'au résumé, à la description, à l'analyse ou à l'interprétation de cette preuve — Il ne s'agissait pas de « renseignements » « fournis au président » au sens des art. 78, 82, 83 — Ni le législateur ni les règles de l'Agence ne prévoient de témoignages — Il était raisonnable pour le président d'interpréter l'art. 30.2(1) de la Loi de manière à permettre à l'Agence de tenir compte des ventes à l'exportation, et notamment celles qui ne révélaient pas de dumping, dans le calcul des marges de dumping.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision tripartite définitive rendue par le président de

determination made pursuant to paragraphs 41(1)(a) and 41(1)(b) of the *Special Import Measures Act* (SIMA or the Act). The applicant had launched a complaint of dumping and subsidization with the Agency. An investigation ensued and the President rendered his decision. Among his determinations, he held that the dumping investigation against four European countries was to be terminated as the margin of dumping was insignificant. The applicant sought relief against that determination on the basis of procedural fairness and alleged legal issues.

Held, the application should be dismissed.

The place procedural fairness occupies in SIMA investigations on the wide spectrum defined by the case law had to be determined, as did the question of whether prejudice is a factor that comes into play when deciding procedural fairness cases. *Cardinal v. Director of Kent Institution* does not stand for the proposition that any breach of any requirement of the duty of procedural fairness renders a decision invalid. A review of the case law supported the proposition that in a given context, even though a breach of the duty of procedural fairness or of a statutory requirement has occurred, a court may hold the ultimate view that because of the inconsequential, trivial or mere technical nature of the breach, the relief sought should not be granted. With respect to the five factors set out in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* for determining the level of procedural fairness required, it would be a mistake to routinely attempt to apply to a given process each of these factors. It is necessary to examine how the decision in issue actually affects the persons concerned. Although the decision in the present instance had important economic consequences that militated in favour of some participatory rights, this factor was to a large extent neutralized by three other factors: the type of investigation at issue, the statutory scheme and the procedural choices of the Agency. The investigation is essentially a paper investigation that is as distant as can possibly be from the judicial decision-making model and very much remote from the process typically associated with administrative tribunals. The participatory rights afforded by the Act are at the extreme bottom of the procedural fairness scale. In light of the magnitude of such investigations, there can be no legitimate expectation of a higher threshold. There were flaws in the application of the procedural rules set out by the Agency, but they were inherent to the process and inconsequential in the context of the whole investigation. They constituted at best a breach of some of the procedural rules and in no way breached the requirements of the duty of procedural fairness owed to the applicant. The applicant participated in all the phases of the investigation, and its views were sought throughout. The applicant thus had a full opportunity to be heard. The hearing

l'Agence des services frontaliers du Canada (l'Agence) en vertu des alinéas 41(1)a) et 41(1)b) de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation* (LMSI ou la Loi). La demanderesse avait saisi l'Agence d'une plainte de dumping et de subventionnement. Il s'en est suivi une enquête au terme de laquelle le président a rendu sa décision. Il a notamment conclu qu'il y avait lieu de clore l'enquête sur le dumping portant sur quatre pays européens parce que les marges de dumping étaient négligeables. La demanderesse a contesté cette décision, invoquant des principes d'équité procédurale et présumées questions juridiques à l'appui de sa demande de réparation.

Arrêt : la demande doit être rejetée.

Il fallait délimiter la place que l'équité procédurale occupe sur le large spectre défini par la jurisprudence en ce qui concerne les enquêtes menées sous le régime de la LMSI et répondre à la question de savoir si le préjudice est un facteur qui entre en jeu lorsqu'on statue dans une affaire portant sur l'équité procédurale. L'arrêt *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent* ne doit pas être interprété de manière à consacrer le principe que tout manquement à l'une quelconque des exigences de l'obligation d'équité procédurale rend la décision invalide. Il ressort d'un examen de la jurisprudence que, dans un contexte donné, même s'il y a eu manquement à l'obligation d'équité procédurale ou à une exigence de la loi, le tribunal peut quand même décider de refuser d'accorder la réparation demandée s'il estime que ce manquement ne tire pas à conséquence, est sans importance ou est purement formel. S'agissant des cinq facteurs énoncés dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* pour déterminer l'étendue de l'obligation d'équité procédurale, ce serait une erreur que de chercher systématiquement à appliquer chacun de ces facteurs à un processus donné. Il est nécessaire de se demander quelles incidences concrètes les décisions ont sur les personnes concernées. La décision en cause en l'espèce comportait d'importantes conséquences économiques militant en faveur de la reconnaissance de certains droits de participation, mais ce facteur a été dans une large mesure neutralisé par l'influence de trois autres facteurs : le type d'enquête en cause, la nature du régime législatif et les choix de l'Agence en matière de procédure. L'enquête est essentiellement une mesure administrative qui se situe aux antipodes du modèle juridictionnel traditionnel et qui n'a pas grand-chose à voir avec la procédure que l'on associe habituellement aux tribunaux administratifs. Les droits de participation reconnus par la Loi se situent à l'extrémité inférieure de l'échelle en matière d'équité procédurale. Étant donné l'envergure de telles enquêtes, on ne peut légitimement s'attendre à un critère plus exigeant. La façon dont les règles de procédure établies par l'Agence ont été appliquées en l'espèce comportait des lacunes, mais celles-ci étaient inhérentes à la procédure et sans conséquence sur l'ensemble

was on balance fair, reasonable and appropriate in the circumstances. The Agency devised rules of procedure that are fair, reasonable and appropriate considering the rigid and complex context within which it operates. Procedural choices of tribunals such as the Agency should not be lightly interfered with.

The first legal issue pertained to the President's refusal to disclose verification reports to the applicant during the investigation on the basis that they were not, properly speaking, "information" or "evidence" under the Act, but were, rather, internal documents prepared by officers of the Agency for the use of the President. In reality, the only "information" or "evidence" to which the applicant was not given access was that provided orally in the course of the audit and the summary, description, analysis or interpretation of that oral evidence and of the documentary evidence provided by the firm to the investigators in the course of the auditing process. This is not "information" (or "evidence") "provided to the President" within the meaning of sections 78, 82 and 83 of the Act. Oral testimony is not contemplated by Parliament or by the Agency's rules. The President also did not err in law concerning the calculation of related party transaction prices and the calculation of the margin of dumping. With respect to the latter, a change of policy, in and of itself, is not an error unless it offends the enabling statute. Here, it was reasonable for the President to interpret subsection 30.2(1) of the Act as allowing the Agency, when determining a margin of dumping for an exporter, to take into consideration all export sale prices, including those that reveal no dumping. The new approach adopted by the Agency was consistent with the Act as well as with international agreements to which Canada is a party.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Special Import Measures Act, R.S.C., 1985, c. S-15, ss. 2 "normal value", 15 (as am. by S.C. 2005, c. 38, s. 134), 19 (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 155; 2005, c. 38, s. 134), 30.2(1) (as enacted by S.C. 1994, c. 47, s. 159; 1999, c. 12, s. 13(E); 2005, c. 38, s. 134), 34(1) (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 164; 1999, c. 12, s. 17; 2005, c.

de l'enquête. Elles constituaient tout au plus un manquement à certaines règles procédurales, mais n'ont d'aucune façon entraîné une violation des exigences de l'obligation d'équité procédurale envers la demanderesse. Cette dernière a participé à toutes les phases de l'enquête, et ses points de vue ont été sollicités en tout temps. Ainsi, la demanderesse a eu toute possibilité de se faire entendre. L'enquête était, tout bien pesé, équitable, raisonnable et appropriée dans les circonstances. L'Agence a élaboré des règles de procédure qui sont justes, raisonnables et appropriées, s'il est tenu compte du contexte rigide et complexe dans lequel elle exerce ses activités. Il ne faut pas s'immiscer à la légère dans les choix de procédure que font les tribunaux administratifs comme l'Agence.

La première question juridique se rapportait au refus du président de divulguer les rapports de vérification à la demanderesse au cours de l'enquête au motif que ces rapports ne constituaient pas, à strictement parler, des « renseignements » ou des « éléments de preuve » selon la Loi mais bien des documents internes établis par des agents de l'Agence à l'usage du président. En réalité donc, les seuls « renseignements » ou « éléments de preuve » auxquels la demanderesse n'a pas eu accès sont ceux qui ont été communiqués de vive voix au cours de la vérification ainsi que le résumé, la description, l'analyse ou l'interprétation de cette preuve orale et de la preuve documentaire que la société a fournie aux enquêteurs dans le cadre de leur vérification. Il ne s'agit pas de « renseignements » (ou d'« éléments de preuve ») « fournis au président » au sens des articles 78, 82 et 83 de la Loi. Ni le législateur ni les règles de l'Agence ne prévoient de témoignages. En outre, le président n'a pas commis d'erreur de droit en ce qui a trait au calcul du prix de transfert dans le cas d'opérations avec apparentés et au calcul de la marge de dumping. À ce dernier égard, un changement de politique ne constitue pas en soi une erreur, à moins qu'il ne contrevienne à la loi habilitante. En l'espèce, il était raisonnable pour le président de considérer que le paragraphe 30.2(1) de la Loi permet à l'Agence, lorsqu'elle calcule la marge de dumping d'un exportateur, de tenir compte des ventes à l'exportation, y compris celles qui ne révèlent pas de dumping. La nouvelle approche adoptée par l'Agence s'accordait tant avec la Loi qu'avec les accords internationaux auxquels le Canada est partie.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les mesures spéciales d'importation, L.R.C. (1985), ch. S-15, art. 2 « valeur normale », 15 (mod. par L.C. 2005, ch. 38, art. 134), 19 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 155; 2005, ch. 38, art. 134), 30.2(1) (édicte par L.C. 1994, ch. 47, art. 159; 1999, ch. 12, art. 13(A); 2005, ch. 38, art. 134), 34(1) (mod. par L.C. 1994, ch.

38, s. 134), 35 (as am. by S.C. 1999, c. 12, s. 17; 2005, c. 38, s. 134), 38 (as am. by S.C. 1994, c. 47, ss. 166, 185; 1999, c. 12, s. 22; 2005, c. 38, s. 134), 39 (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 186; 1999, c. 12, s. 23; 2005, c. 38, s. 134), 41 (as am. by S.C. 1994, c. 47, ss. 167, 185, 186; 1999, c. 12, s. 25; 2005, c. 38, s. 134), 78 (as am. by S.C. 1999, c. 12, s. 42; 2005, c. 38, ss. 134, 135(E)), 79 (as am. *idem*, s. 135(E)), 82, 83 (as am. *idem*, s. 134), 85 (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 182; 2005, c. 38, s. 134), 87(3) (as am. *idem*), 96.1 (as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 44; 1993, c. 44, s. 220; 1994, c. 47, s. 183; 1999, c. 12, s. 47; 2002, c. 8, s. 182; 2005, c. 38, s. 134).

47, art. 164; 1999, ch. 12, art. 17; 2005, ch. 38, art. 134), 35 (mod. par L.C. 1999, ch. 12, art. 17; 2005, ch. 38, art. 134), 38 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 166, 185; 1999, ch. 12, art. 22; 2005, ch. 38, art. 134), 39 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 186; 1999, ch. 12, art. 23; 2005, ch. 38, art. 134), 41 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 167, 185, 186; 1999, ch. 12, art. 25; 2005, ch. 38, art. 134), 78 (mod. par L.C. 1999, ch. 12, art. 42; 2005, ch. 38, art. 134, 135(A)), 79 (mod., *idem*, art. 135(A)), 82, 83 (mod., *idem*, art. 134), 85 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 182; 2005, ch. 38, art. 134), 87(3) (mod., *idem*), 96.1 (édicte par L.C. 1988, ch. 65, art. 44; 1993, ch. 44, art. 220; 1994, ch. 47, art. 183; 1999, ch. 12, art. 47; 2002, ch. 8, art. 182; 2005, ch. 38, art. 134).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353; *Stevens v. Conservative Party of Canada*, [2006] 2 F.C.R. 315; (2005), 262 D.L.R. (4th) 532; 343 N.R. 275; 2005 FCA 383; leave to appeal to S.C.C. refused [2006] 1 S.C.R. xv; *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202; (1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 334; 111 D.L.R. (4th) 1; 21 Admin. L.R. (2d) 248; 163 N.R. 27; *R. v. Monopolies and Mergers Commission*, [1986] 1 W.L.R. 763 (B.C.C.A.); *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 72; (2002), 208 D.L.R. (4th) 57; 90 C.R.R. (2d) 47; 18 Imm. L.R. (3d) 175; 280 N.R. 201; 2002 SCC 2; *Canadian Pacific Railway Co. v. Vancouver (City)*, [2006] 1 S.C.R. 227; (2006), 262 D.L.R. (4th) 454; 221 B.C.A.C. 1; 18 M.P.L.R. (4th) 1; 345 N.R. 140; 40 R.P.R. (4th) 159; 2006 SCC 5; *Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)*, [1980] 1 S.C.R. 1105; (1980), 110 D.L.R. (3d) 311; [1980] 3 W.W.R. 125; 18 B.C.L.R. 124; 31 N.R. 214; *Toshiba Corporation v. Anti-Dumping Tribunal* (1984), 8 Admin. L.R. 173 (F.C.A.); *Canadian Cable Television Assn. v. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 F.C. 626; (1991), 81 D.L.R. (4th) 376; 4 Admin. L.R. (2d) 61; 36 C.P.R. (3d) 455; 129 N.R. 296; 4 T.C.T. 6177 (C.A.); *Schaaf v. Minister of Employment and Immigration*, [1984] 2 F.C. 334; (1984), 52 N.R. 54; [1984] 3 W.W.R. 1 (C.A.); *Cougar Aviation Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2000), 26 Admin. L.R.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817; *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Stevens c. Parti conservateur du Canada*, [2006] 2 R.C.F. 315; 2005 CAF 383; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2006] 1 R.C.S. xv; *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada - Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202; *R. v. Monopolies and Mergers Commission*, [1986] 1 W.L.R. 763 (C.A. C.-B.); *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 72; 2002 CSC 2; *Chemin de fer Canadien Pacifique c. Vancouver (Ville)*, [2006] 1 R.C.S. 227; 2006 CSC 5; *Kane c. Conseil d'administration (Université de la Colombie-Britannique)*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *Toshiba Corporation c. Tribunal antidumping*, [1984] A.C.F. n° 247 (C.A.) (QL); *Assoc. canadienne de télévision par câble c. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 C.F. 626 (C.A.); *Schaaf c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1984] 2 C.F. 334 (C.A.); *Cougar Aviation Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)*, [2000] A.C.F. n° 1946 (C.A.) (QL); *Xwave Solutions Inc. c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)*, 2003 CAF 301; *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100; 2001 CSC 36.

(3d) 30; 264 N.R. 49 (F.C.A.); *Xwave Solutions Inc. v. Canada (Public Works and Government Services)* (2003), 5 Admin. L.R. (4th) 280; 310 N.R. 164; 2003 FCA 301; *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100; (2001), 199 D.L.R. (4th) 598; 29 Admin. L.R. (3d) 56; 12 C.P.R. (4th) 417; 270 N.R. 153; 2001 SCC 36.

AUTHORS CITED

Canada. Border Services Agency. *Statement of Administrative Practices for the Special Import Measures Act*, June 2004. <<http://www.cbsa-asfc.gc.ca/sima/adm-prac-e.html>>.

European-Communities—Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-type Bed Linen from India, Appellate Body Report, WT/DS141/AB/R (March 2001).

Organisation for Economic Co-Operation and Development. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration*. Paris : OECD, 2001.

United States—Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada, Appellate Body Report, WT/DS264/AB/R (August 2004).

United States—Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada, Appellate Body Report, WT/DS264/AB/RW (August 15, 2006).

APPLICATION for judicial review of the Canada Border Services Agency President's decision to terminate a dumping investigation under the *Special Import Measures Act* against four European countries. Application dismissed.

APPEARANCES:

Peter E. Kirby and *David Rheault* for applicant.

Benjamin Bédard for respondents Kronotex Fussboden GmbH and Co. KG, Stevens Dufour Inc., Kaindl Flooring GmbH, Kronopol Ltd and Quickstyle Industries Inc.

Geoffrey C. Kubrick for respondent Tarkett Inc.

Brenda C. Swick for respondents Unilin Flooring NV and Torlys Inc.

Rajeev Sharma for respondents Government of the People's Republic of China, Sichuan Shengda

DOCTRINE CITÉE

Canada. Agence des services frontaliers. *Énoncé des pratiques administratives concernant la Loi sur les mesures spéciales d'importation*, juin 2004. <<http://www.cbsa-asfc.gc.ca/sima/adm-prac-f.html>>.

Communautés européennes—Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance de l'Inde, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS141/AB/R (mars 2001).

États-Unis—Détermination finale de l'existence d'un dumping concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS264/AB/R (août 2004).

États-Unis—Détermination finale de l'existence d'un dumping concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS264/AB/RW (15 août 2006).

Organisation de coopération et de développement économiques. *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises*. Paris : OCDE, 2001.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision du président de l'Agence des services frontaliers du Canada de clore l'enquête sur le dumping portant sur quatre pays européens en application de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

Peter E. Kirby et *David Rheault* pour la demanderesse.

Benjamin Bédard pour les défendeurs Kronotex Fussboden GmbH et Co. KG, Stevens Dufour Inc., Kaindl Flooring GmbH, Kronopol Ltd et Quickstyle Industries Inc.

Geoffrey C. Kubrick pour la défenderesse Tarkett Inc.

Brenda C. Swick pour les défendeurs Unilin Flooring NV et Torlys Inc.

Rajeev Sharma pour les défendeurs Gouvernement de la République populaire de Chine, Sichuan

Wooden Products Co. Ltd, Vohringer Wood Product Co. Ltd and Asia Dekor Industries (Shenzhen) Co. Ltd.

Ryan Flewelling for respondent Lamwood Products (1990) Limited.

David R. Elliott for respondent Espace Production International (Epi, S.A.).

Georges Bujold for respondents Akzenta Paneele and Profile GmbH or the Classen Group of Companies.

Orlando E. Silva for respondent Quality Craft Ltd.

No one appearing for respondents Goodfellow Inc., Kronoflooring GmbH, Beijing Kronosenhua Flooring Co., Kronospan Luxembourg S.A., Show Industries Inc., Mohawk Industries Inc., Shanghi Allsun Wood Industry Co. Ltd, Matériaux à bas prix, Yekalon Industry, Inc.

Derek Rasmussen and *Richard Casanova* for interveners.

SOLICITORS OF RECORD:

Fasken Martineau DuMoulin LLP, Montréal, for applicant.

Ogilvy Renault LLP, Ottawa, for respondents Kronotex Fussboden GmbH and Co. KG, Stevens Dufour Inc., Kaindl Flooring GmbH, Kronopol Ltd and Quickstyle Industries Inc.

Lang Michener LLP, Ottawa, for respondent Tarkett Inc.

McCarthy Tétrault LLP, Ottawa, for respondents Unilin Flooring NV and Torlys Inc.

Heenan Blaikie LLP, Toronto, for respondents Government of the People's Republic of China, Sichuan Shengda Wooden Products Co. Ltd, Vohringer Wood Product Co. Ltd. and Asia Dekor Industries (Shenzhen) Co. Ltd.

Blake Cassels and Graydon LLP, Toronto, for respondent Lamwood Products (1990) Limited.

Fraser Milner Casgrain LLP, Ottawa, for respondent Espace Production International (Epi, S.A.).

Thomas & Partners, Ottawa, for respondents Akzenta Paneele and Profile GmbH or the Classen Group of Companies..

Shengda Wooden Products Co. Ltd, Vohringer Wood Product Co. Ltd et Asia Dekor Industries (Shenzhen) Co. Ltd.

Ryan Flewelling pour la défendresse Lamwood Products (1990) Limited.

David R. Elliott pour le défendeur Espace Production International (Epi, S.A.).

Georges Bujold pour les défendeurs Akzenta Paneele et Profile GmbH ou Classen Group of Companies.

Orlando E. Silva pour la défenderesse Quality Craft Ltd.

Aucune comparution pour les défendeurs Goodfellow Inc., Kronoflooring GmbH, Beijing Kronosenhua Flooring Co., Kronospan Luxembourg S.A., Show Industries Inc., Mohawk Industries Inc., Shanghi Allsun Wood Industry Co. Ltd, Matériaux à bas prix, Yekalon Industry, Inc.

Derek Rasmussen et *Richard Casanova* pour l'intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l., Montréal, pour la demanderesse.

Ogilvy Renault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour les défendeurs Kronotex Fussboden GmbH et Co. KG, Stevens Dufour Inc., Kaindl Flooring GmbH, Kronopol Ltd et Quickstyle Industries Inc.

Lang Michener S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour la défenderesse Tarkett Inc.

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour les défendeurs Unilin Flooring NV et Torlys Inc.

Heenan Blaikie s.r.l., Toronto, pour les défendeurs Gouvernement de la République populaire de Chine, Sichuan Shengda Wooden Products Co. Ltd., Vohringer Wood Product Co. Ltd et Asia Dekor Industries (Shenzhen) Co. Ltd.

Blake Cassels et Graydon s.r.l., Toronto, pour la défenderesse Lamwood Products (1990) Limited.

Fraser Milner Casgrain s.e.n.c.r.l., Ottawa, pour le défendeur Espace Production International (Epi, S.A.).

Thomas & Partners, Ottawa, pour les défendeurs Akzenta Paneele et Profile GmbH ou Classen Group of Companies.

McCarthy Tétrault LLP, Toronto, for respondent
Quality Craft Ltd.
Deputy Attorney General of Canada for intervener.

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto,
pour la défenderesse Quality Craft Ltd.
Le sous-procureur général du Canada pour
l'intervenant.

*The following are the reasons for judgment rendered
in English by*

*Ce qui suit est la version française des motifs du
jugement rendus par*

[1] DÉCARY J.A.: The applicant (Uniboard) filed a notice of application for judicial review of a tripartite final determination made by the President of the Canada Border Services Agency (the Agency) pursuant to paragraphs 41(1)(a) [as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 167] and 41(1)(b) [as am. by S.C. 1999, c. 12, s. 25] of the *Special Import Measures Act*, R.S.C., 1985, c. S-15 (the Act or SIMA).

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A. : La demanderesse (Uniboard) a déposé un avis de demande de contrôle judiciaire d'une décision tripartite définitive rendue par le président de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'Agence ou l'ASFC) en vertu des alinéas 41(1)a) [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 167] et 41(1)b) [mod. par L.C. 1999, ch. 12, art. 25] de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, L.R.C. (1985), ch. S-15 (la Loi ou la LMSI).

[2] The applicant is the only known Canadian manufacturer of laminate flooring. On August 13, 2004, it launched a complaint of dumping and subsidization with the Agency. A lengthy investigation ensued, during which some 360,000 pages of documents were filed. In his final decision made on May 17, 2005, the President determined:

[2] La demanderesse est le seul fabricant canadien connu de planchers laminés. Le 13 août 2004, elle a saisi l'Agence d'une plainte de dumping et de subventionnement. Il s'en est suivi une longue enquête au cours de laquelle 360 000 pages de documents ont été déposés. Dans sa décision définitive du 17 mai 2005, le président a conclu ce qui suit :

1) that the People's Republic of China (China) and France had engaged in dumping;

1) La République populaire de Chine (la Chine) et la France se sont livrées à du dumping;

2) that China had subsidized laminate flooring destined for Canada; and

2) La Chine a subventionné certains planchers laminés destinés au marché canadien;

3) that the dumping investigation involving Austria, Belgium, the Federal Republic of Germany and the Republic of Poland (all together, the four European countries) was to be terminated as the margin of dumping of the goods from these countries was insignificant, (viz., it was less than 2% of the export prices).

3) Il y a lieu de clore l'enquête sur le dumping de certains planchers laminés originaires ou exportés de l'Autriche, la Belgique, la République fédérale d'Allemagne (Allemagne) et la République de Pologne (collectivement appelés les quatre pays européens) du fait que les marges de dumping des marchandises de ces pays sont négligeables (c'est-à-dire inférieures à 2 % du prix à l'exportation).

[3] Even though the applicant, in its notice of application, sought to quash or set aside the three determinations made by the President, it only sought relief in its memorandum of fact and law with respect to the third determination, the one relating to the termination of the investigation involving the four European countries. It follows that the findings of the President with respect to the dumping by China and France and the subsidization by China will remain

[3] Bien que, dans son avis de demande, la demanderesse cherche à obtenir l'annulation des trois conclusions susmentionnées du président, elle n'a, dans son mémoire exposant les faits et le droit, réclamé une réparation qu'en ce qui concerne la troisième conclusion, celle relative à la clôture de l'enquête portant sur les quatre pays européens. Il s'ensuit que les conclusions tirées par le président au sujet du dumping auquel se sont livrées la Chine et la France et du

undisturbed whatever the fate of this application.

[4] The applicant attacks the third determination on grounds which pertain on the one hand to procedural fairness and on the second hand to what it describes as legal issues.

Duty of procedural fairness

[5] It is accepted by all counsel that procedural fairness is applicable to SIMA investigations.

[6] It is also accepted by all counsel that the determination of the content of the duty of procedural fairness in any given case is a question of law and is reviewable under the standard of correctness.

[7] The duty of procedural fairness is better described by its objective—which is essentially to ensure that a party is given a meaningful opportunity in a given context to present its case fully and fairly—than by the means through which the objective is to be achieved for the simple reason that those means will depend on an appreciation of the context of the particular statute and the rights affected (see *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 22). There is no rigid test or formula. There is no list of items to be checked out. The duty, to use the words of a former era, is to ensure fair play in action.

[8] All counsel agree that the content of the duty of procedural fairness is flexible and variable. As might be expected, the debate amongst them is with respect to the place procedural fairness occupies in SIMA investigations on the wide spectrum defined by the case law. At the upper end of the spectrum are full participatory rights (oral hearings, cross-examination of witnesses, etc.). At the lower end are minimal participatory rights (paper hearing, etc.).

subventionnement effectué par la Chine demeureront inchangées, peu importe l'issue de la présente demande.

[4] Pour contester la troisième conclusion, la demanderesse invoque des moyens qui ont trait, d'une part, à l'équité procédurale et d'autre part, à ce qu'elle appelle des questions juridiques.

Obligation d'équité procédurale

[5] Les avocats conviennent tous que les principes d'équité procédurale s'appliquent aux enquêtes menées sous le régime de la LMSI.

[6] Les avocats s'entendent également tous pour dire que la détermination de la portée et de la nature de l'obligation d'équité procédurale dans un cas déterminé est une question de droit susceptible de contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte.

[7] Pour bien cerner le contenu de l'obligation d'équité procédurale, il est plus facile d'en rappeler l'objectif, qui consiste essentiellement à s'assurer qu'une partie a réellement la possibilité, dans un contexte donné, de faire valoir son point de vue complètement et équitablement—plutôt que de se concentrer sur les moyens utilisés pour atteindre cet objectif, pour la simple raison que les moyens employés dépendent de l'appréciation du contexte de la loi particulière et des droits visés (voir l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 22). Il n'y a pas de critère ou de formule rigides. Il n'y a pas de liste d'éléments à cocher. Pour reprendre une formule un peu surannée, l'obligation d'équité consiste à s'assurer que l'on « joue franc jeu ».

[8] Les avocats s'entendent tous pour dire que la nature de l'obligation d'équité procédurale est souple et variable. Comme on pouvait s'y attendre, le point sur lequel ils divergent d'opinion porte sur la place que l'équité procédurale occupe sur le large spectre défini par la jurisprudence en ce qui concerne les enquêtes menées sous le régime de la LMSI. À une extrémité du spectre, on trouve les cas où l'intéressé jouit de pleins droits de participation (droit à une audience formelle, au contre-interrogatoire des témoins, etc.); à l'autre

[9] The question to be answered, at the end of the exercise, was carefully crafted by Le Dain J. in *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at page 654:

The question, of course, is what the duty of procedural fairness may reasonably require of an authority in the way of specific procedural rights in a particular legislative and administrative context and what should be considered to be a breach of fairness in particular circumstances.

[10] Much was said, in the written and oral arguments, about whether prejudice is a factor that comes into play when deciding procedural fairness cases. The applicant argues that in light of *Cardinal*, the final determination of the President should be set aside as soon as a breach of the duty of procedural fairness has occurred and the Court should not speculate as to what impact the alleged breach might have had. The respondents argue, in light of *Stevens v. Conservative Party of Canada*, [2006] 2 F.C.R. 315 (F.C.A.) (leave to appeal to S.C.C. denied [2006] 1 S.C.R. xv), that the issue of prejudice should well be in the mind of the Court when it decides to set aside a decision. As is often the case, the solution, here, lies between these two propositions.

[11] *Cardinal* dealt with procedural fairness in the particular context of prison administration. The Court stated, that the content of the duty was a question to be approached with caution in order to avoid unduly burdening or obstructing the process by imposing unreasonable or inappropriate procedural requirements. Despite the recommendation of the Segregation Review Board to discontinue the administrative segregation of two prisoners, the Director had decided to continue segregation without affording any hearing to the prisoners. The Court concluded that there had been a breach of the duty of procedural fairness (at pages 659-660):

extrémité du spectre se situent les cas où l'intéressé ne bénéficie que de droits de participation minimaux (instruction sur dossier, etc.).

[9] Dans l'arrêt *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la page 654, le juge Le Dain a bien formulé la question à laquelle on doit, à terme, répondre :

Évidemment, il s'agit de déterminer ce que l'obligation de respecter l'équité dans la procédure peut raisonnablement exiger des autorités en tant que droit précis en matière de procédure dans un contexte législatif et administratif donné et ce qui devrait être considéré comme une violation de l'équité dans des circonstances particulières.

[10] Dans leurs écritures et dans leur plaidoirie, les parties ont beaucoup insisté sur la question de savoir si le préjudice est un facteur qui entre en jeu lorsqu'on statue dans une affaire portant sur l'équité procédurale. La demanderesse affirme, à la lumière de l'arrêt *Cardinal*, que la décision définitive du président devrait être annulée dès lors qu'un manquement à l'équité procédurale est constaté, et elle ajoute que la Cour ne devrait pas spéculer sur les incidences que ce présumé manquement aurait pu avoir. Se fondant sur l'arrêt *Stevens c. Parti conservateur du Canada*, [2006] 2 R.C.F. 315 (C.A.F.) (autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2006] 1 R.C.S. xv), la défenderesse affirme pour sa part que la Cour doit tenir dûment compte de la question du préjudice lorsqu'elle décide d'annuler une décision. Comme c'est souvent le cas, la solution réside en l'espèce quelque part entre ces deux propositions.

[11] L'affaire *Cardinal* portait sur l'équité procédurale dans un contexte particulier, celui de l'administration carcérale. La Cour a expliqué qu'il fallait aborder avec prudence la portée qu'on donne aux exigences de la procédure dans le milieu carcéral afin de ne pas indûment alourdir ou bloquer le processus de l'administration carcérale par l'imposition d'exigences de procédure déraisonnables ou injustifiées. Malgré la recommandation du comité d'examen des cas d'isolement préventif [alors appelé le conseil d'examen des cas de ségrégation] de mettre fin à l'isolement préventif de deux prisonniers, le directeur avait décidé de maintenir ces deux détenus en isolement préventif sans leur accorder la possibilité d'être entendus. La Cour a conclu

... because of the serious effect of the Director's decision on the appellants, procedural fairness required that he inform them of the reasons for his intended decision and give them an opportunity, however informal, to make representations to him. ... They were entitled to know why the Director did not intend to act in accordance with the recommendation of the Board and to have an opportunity before him to state their case for release into the general population of the institution ... [the Director] had a duty to hear and consider what the appellants had to say. ...

These were in my opinion the minimal or essential requirements of procedural fairness in the circumstances ... There is nothing to suggest that the requirement of notice and hearing by the Director ... would impose an undue burden on prison administration or create a risk to security.

[12] It is in this particular context of a breach of an essential element of the duty of procedural fairness, viz. "the requirement of notice and hearing", that the so-often quoted words of *Le Dain J.* were pronounced (at page 661):

... I find it necessary to affirm that the denial of a right to a fair hearing must always render a decision invalid, whether or not it may appear to a reviewing court that the hearing would likely have resulted in a different decision. The right to a fair hearing must be regarded as an independent, unqualified right which finds its essential justification in the sense of procedural justice which any person affected by an administrative decision is entitled to have. It is not for a court to deny that right and sense of justice on the basis of speculation as to what the result might have been had there been a hearing.

[13] *Cardinal*, I venture to say, is far less dramatic and much more pragmatic than has sometimes been said. There had been no hearing; therefore there was a breach of an essential requirement of the duty of procedural fairness; therefore the decision could not stand. To say that *Cardinal* stands for the proposition that any breach of any requirement of the duty of procedural fairness renders a decision invalid, or that any breach of any procedural rule constitutes a breach of the duty of procedural fairness, or that a court has no discretion to deny the relief sought, is to read the reasons of the

qu'il y avait eu violation de l'obligation d'équité procédurale (aux pages 659 et 660) :

[...] à cause des effets graves de la décision du directeur pour les appelants, l'équité dans la procédure exigeait qu'il leur fasse connaître les motifs de sa décision prochaine et leur donne la possibilité, même de façon informelle, de lui présenter des arguments relatifs à ces motifs [...]. Ils avaient le droit de savoir pourquoi le directeur n'avait pas l'intention de suivre la recommandation du Conseil et d'avoir la possibilité d'exposer devant lui leurs arguments en faveur de leur réintégration dans la population générale de l'établissement [...] [Le directeur] avait l'obligation d'entendre les appelants et de tenir compte de ce qu'ils avaient à dire [...]

Ce sont là, à mon avis, les exigences minimales ou essentielles de l'équité dans la procédure dans les circonstances [...]. Rien n'indique que l'obligation du directeur en matière d'avis et d'audition [...] imposerait un fardeau excessif à l'administration carcérale ou mettrait la sécurité en danger.

[12] C'est dans ce contexte particulier de violation d'un élément essentiel de l'obligation d'équité procédurale, à savoir « l'obligation en matière d'avis et d'audition » que le juge *Le Dain* a tenu les propos suivants, qui sont souvent cités (à la page 661) :

[...] j'estime nécessaire d'affirmer que la négation du droit à une audition équitable doit toujours rendre une décision invalide, que la cour qui exerce le contrôle considère ou non que l'audition aurait vraisemblablement amené une décision différente. Il faut considérer le droit à une audition équitable comme un droit distinct et absolu qui trouve sa justification essentielle dans le sens de la justice en matière de procédure à laquelle toute personne touchée par une décision administrative a droit. Il n'appartient pas aux tribunaux de refuser ce droit et ce sens de la justice en fonction d'hypothèses sur ce qu'aurait pu être le résultat de l'audition.

[13] J'oserais affirmer que l'arrêt *Cardinal* est beaucoup moins radical et beaucoup plus pragmatique que ce qu'on a parfois affirmé. Dans cette affaire, aucune audience n'avait eu lieu, de sorte qu'il y avait eu violation d'un élément essentiel de l'obligation d'équité procédurale; la décision ne pouvait par conséquent être confirmée. On interprète les motifs de la Cour suprême du Canada hors de leur contexte lorsqu'on prétend que l'arrêt *Cardinal* consacre le principe que tout manquement à l'une quelconque des exigences de l'obligation d'équité procédurale rend la décision

Supreme Court of Canada out of context.

[14] An occasion to exercise the judicial discretion to withhold a remedy despite the failure to afford a hearing arose in *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202. In that case, as in *Cardinal* no “full hearing, which could have been effected in writing,” had been afforded (at page 227). Iacobucci J., for the Court, decided not to grant the remedy sought because to do so would be “impractical” and “nonsensical” in the circumstances as they “involve a particular kind of legal question, viz., one which has an inevitable answer” (at page 228). He insisted that his decision was “exceptional” and that he “would not wish to apply it broadly” (at page 229). In concluding his reasons, he referred to, and approved, a decision of the Court of Appeal of British Columbia in *R. v. Monopolies and Mergers Commission*, [1986] 1 W.L.R. 763, in which the Court withheld relief in a non-prison context because [at page 774] “good public administration is concerned with substance rather than form” and because the Commission “would have reached and would now reach the same conclusion as did their experienced chairman.”

[15] In *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 72, the Supreme Court of Canada stated at paragraph 26, without further analysis or explanation:

Insofar as the procedures followed may not have precisely complied with those we suggest in *Suresh*, we are satisfied that this did not prejudice him. We conclude that the process accorded to Ahani was consistent with the principles of fundamental justice. . . . [My emphasis.]

[16] In *Canadian Pacific Railway Co. v. Vancouver (City)*, [2006] 1 S.C.R. 227, the Supreme Court of

invalide ou que tout manquement à toute règle de procédure constitue une violation de l’obligation d’équité procédurale, ou que le tribunal n’a aucune latitude pour refuser d’accorder la réparation demandée.

[14] L’occasion d’exercer le pouvoir discrétionnaire judiciaire de refuser d’accorder une réparation malgré le défaut d’accorder une audience s’est présentée dans l’affaire *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202, dans laquelle, tout comme dans l’affaire *Cardinal*, Mobil Oil n’avait pas eu droit à « une audience complète qui aurait pu avoir lieu par écrit » (à la page 227). Le juge Iacobucci, qui s’exprimait au nom de la Cour, a décidé de ne pas accorder la réparation demandée parce qu’il aurait été « peu réaliste » et « absurde » de le faire, étant donné que « les circonstances de la présente affaire soulèvent un type particulier de question de droit, savoir une question pour laquelle il existe une réponse inéluctable » (à la page 228). Il a insisté sur le « caractère exceptionnel » de sa décision et sur son « désir de ne pas l’appliquer de manière générale » (à la page 229). Pour conclure ses motifs, il a cité et approuvé l’arrêt rendu par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans l’affaire *R. v. Monopolies and Mergers Commission*, [1986] 1 W.L.R. 763, dans laquelle la Cour avait refusé d’accorder la réparation demandée dans un contexte non carcéral parce que [à la page 774] [TRADUCTION] « la bonne administration publique s’intéresse au fond plutôt qu’à la forme » et parce que la Commission [TRADUCTION] « serait parvenue et parviendrait maintenant à la même conclusion que son président expérimenté ».

[15] Dans l’arrêt *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 72, la Cour suprême du Canada a déclaré, au paragraphe 26, sans plus d’analyse ou d’explications :

Dans la mesure où la procédure suivie n’était peut-être pas parfaitement conforme à celle préconisée dans *Suresh*, nous estimons que cette divergence n’a pas causé de préjudice à l’appelant. Nous concluons que le traitement dont a bénéficié M. Ahani était compatible avec les principes de justice fondamentale [. . .]. [Non souligné dans l’original.]

[16] Dans l’arrêt *Chemin de fer Canadien Pacifique c. Vancouver (Ville)*, [2006] 1 R.C.S. 227, la Cour

Canada dismissed various complaints of unfairness made by CPR that impugned the hearing process. The Court first held that the notice of the by-law, even though it might have used “an alternative wording [which] might have attracted more people”, was sufficient because “what is required is fairness, not perfection” (at paragraph 46). The Court then found that the revision of the by-law after the hearing and without further hearing did, in the circumstances, meet the requisites of fair process, “particularly when it is bore in mind that the City had a duty to deal with a complex situation where different interests were at play and the City’s ultimate obligation was to act in the interest of the entire public” (at paragraph 49). Finally, with respect to a complaint that the City had failed to disclose information prior to the public hearing, the Court found that the standard practice of making the documents available through the City Clerk’s office prior to, and during, the hearing, constituted sufficient disclosure (at paragraph 57) and that “the relevance” of some documents alleged by CPR to have prevented it from making a more powerful argument was “tenuous” (at paragraph 61). The Court concluded [at paragraph 61] that “[o]n balance, the procedure followed by the City was appropriately fair and open.”

[17] The question of whether the existence of some prejudice can be examined by the court, was squarely addressed in cases where the breach alleged was that of failure to disclose.

[18] In *Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)*, [1980] 1 S.C.R. 1105, Dickson J. [as he then was], stated as follows, at page 1116:

6. The court will not inquire whether the evidence did work to the prejudice of one of the parties; it is sufficient if it might have done so. *Kanda v. Government of the Federation of Malaya, supra*, at p. 337. In the case at bar, the Court cannot conclude that there was no possibility of prejudice as we have no knowledge of what evidence was, in fact, given by President Kenny following the dinner adjournment. . . . We

suprême du Canada a rejeté diverses plaintes formulées par CP au sujet du processus d’audience que l’on qualifiait d’« inéquitable ». La Cour a tout d’abord expliqué que, même si « une formulation différente aurait pu attirer un plus grand nombre de personnes », l’avis qui avait été envoyé au sujet du règlement était suffisant parce que « c’est l’équité qui s’impose et non la perfection » (au paragraphe 46). La Cour a ensuite conclu que la révision du règlement qui avait eu lieu après l’audience sans qu’aucune autre audience ne soit prévue satisfaisait, eu égard aux circonstances de l’espèce, aux exigences de l’équité procédurale, « surtout qu’il ne faut pas oublier que la Ville était tenue de régler une situation complexe mettant en jeu des intérêts différents et qu’elle avait l’ultime obligation d’agir dans l’intérêt de l’ensemble du public » (au paragraphe 49). Finalement, en ce qui concerne le reproche adressé à la Ville de ne pas avoir divulgué certains renseignements avant l’audience publique, la Cour a estimé (au paragraphe 57) que la pratique courante consistant à mettre les documents à la disposition du public, qui pouvait les consulter au bureau du secrétaire municipal tant avant que pendant l’audience constituait une communication suffisante et elle a qualifié de (au paragraphe 61) « faible » la « pertinence » de certains de ces documents, dont CP affirmait qu’ils lui auraient permis plaider sa cause avec plus de force. La Cour a conclu que [au paragraphe 61] « tout bien considéré, la procédure suivie par la Ville était suffisamment équitable et transparente ».

[17] La question de savoir si le tribunal peut vérifier l’existence d’un préjudice a été examinée directement dans des affaires dans lesquelles la violation qui était reprochée était le défaut de divulgation.

[18] Voici les propos qu’a tenus le juge Dickson [tel était alors son titre] dans l’arrêt *Kane c. Conseil d’administration (Université de la Colombie-Britannique)*, [1980] 1 R.C.S. 1105, à la page 1116 :

6. La Cour ne cherchera pas à savoir si la preuve a de fait joué au détriment de l’une des parties; il suffit que cette possibilité existe. Voir *Kanda v. Government of the Federation of Malaya, précité*, à la p. 337. En l’espèce, la Cour ne peut conclure qu’aucun préjudice n’était possible car elle ne sait pas quels éléments de preuve ont réellement été fournis par le président Kenny après l’ajournement pour le

are not here concerned with proof of actual prejudice, but rather with the possibility or the likelihood of prejudice in the eyes of reasonable persons.

[19] In *Toshiba Corporation v. Anti-Dumping Tribunal* (1984), 8 Admin. L.R. 173 (F.C.A.), Hugessen J.A. qualified a tribunal's practice of not disclosing a preliminary staff report, as "dangerous," but went on to say the following [at page 175]:

Upon analysis, however, I am satisfied that everything contained in the preliminary staff report is either a matter of general or public knowledge or is based upon facts and sources which were, in due course, properly brought out at the hearing in such a manner that all the parties to that hearing had a full opportunity to test them. Thus, while, in my view, there might have been a technical breach of the rules of natural justice, it can be said with confidence at the end of the day that such breach was minor and inconsequential and that the result of the inquiry would not have been different had such breach not occurred.

[20] MacGuigan J.A. reviewed the case law in *Canadian Cable Television Assn. v. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 F.C. 626 (C.A.). He concluded as follows [at pages 645 and 650]:

The applicant did not, in fact, argue that it was adversely affected by the extra-hearing evidence, but rather that, in dealing with a complaint based on evidence received outside the hearing process, a Court will not inquire into whether the evidence did work to the prejudice of one of the parties; it is sufficient if it might have done so. A court was said to be concerned, not with proof of actual prejudice, but rather with the possibility or the likelihood of prejudice in the eyes of reasonable persons.

...

In my opinion, this review of the case law indicates the fallacy of the applicant's argument. Contrary to its contention that a court will not inquire into the question of prejudice, all of the authorities which focus on the matter show that the question of the possibility of prejudice is the fundamental issue: *Kane, Consolidated-Bathurst, Cardinal Insurance, Civic Employees' Union*, and *Hecla Mining*. [My emphasis.]

dîner [. . .]. Nous ne sommes pas concernés ici par la preuve de l'existence d'un préjudice réel mais plutôt par la possibilité ou la probabilité qu'aux yeux des gens raisonnables, il existe un préjudice.

[19] Dans l'arrêt *Toshiba Corporation c. Tribunal antidumping*, [1984] A.C.F. n° 247 (C.A.) (QL), le juge Hugessen a qualifié de « dangereuse » la pratique du Tribunal consistant à ne pas divulguer ses rapports préliminaires du personnel. Il a toutefois ajouté ce qui suit :

Toutefois, à l'analyse, je suis convaincu que tout ce qui est contenu dans le rapport préliminaire du personnel est de portée générale ou de notoriété publique ou est fondé sur des faits et des sources qui, en temps opportun, ont été dûment soulevés à l'audience d'une manière telle que toutes les parties présentes avaient amplement eu la possibilité de les examiner. Par conséquent, bien que, à mon avis, il ait pu y avoir une violation de forme des principes de justice naturelle, on peut en fin de compte dire avec assurance que cette violation était mineure et sans importance et que le résultat de l'enquête aurait été le même si cette violation n'avait pas eu lieu.

[20] Le juge MacGuigan a recensé la jurisprudence dans l'arrêt *Assoc. canadienne de télévision par câble c. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 C.F. 626 (C.A.). Il a conclu ce qui suit [aux pages 645 et 650] :

La requérante n'a pas, en fait, prétendu que la preuve obtenue en dehors du cadre des audiences lui avait été défavorable. Elle a plutôt soutenu qu'un tribunal saisi d'une plainte fondée sur des éléments de preuve reçus en dehors du cadre des audiences ne cherchera pas à savoir si la preuve a de fait joué au détriment de l'une des parties; il suffit que cette possibilité existe. Un tribunal a déjà dit qu'il n'était pas concerné par la preuve de l'existence d'un préjudice réel, mais plutôt par la possibilité ou la probabilité qu'aux yeux des gens raisonnables, il existe un préjudice.

[. . .]

À mon sens, cet examen de la jurisprudence fait ressortir le caractère erroné de l'argument de la partie requérante. Celle-ci a prétendu qu'un tribunal ne se penchera pas sur la question du préjudice; or il ressort de toutes les décisions qui traitent de la question que la possibilité qu'il existe un préjudice est déterminante : *Kane, Consolidated-Bathurst, Cardinal Insurance, Civic Employees' Union*, et *Hecla Mining*. [Non souligné dans l'original.]

[21] Relying finally on the decision of Hugessen J.A. in *Schaaf v. Minister of Employment and Immigration*, [1984] 2 F.C. 334 (C.A.), MacGuigan J.A. added [at pages 651-652]:

If a final word needs to be said, let it be that an inconsequential error of law, or even a number of them, which could have no effect on the outcome do not require this Court to set aside a decision. . . .

...

The authorities have all required a real possibility that the result was affected.

[22] To summarize *Kane, Toshiba* and *Canadian Cable Television*: where the breach of the duty of procedural fairness consists of a failure to disclose some evidence, as a general rule the court, in the exercise of its discretion, will intervene if the court is in no position to determine whether the breach might have worked to the disadvantage of the complainant. Conversely, as a general rule, where the court has before it the evidence which was not disclosed at the hearing before the tribunal, and where the court is satisfied that it is in a position to conclude that there was no prejudice and no possibility or likelihood of prejudice, the court will not intervene.

[23] The recent decision of this Court in *Stevens* dealt, not with a breach of the duty of procedural fairness, but with a breach of a procedural requirement of the statute in issue. The Court refused to quash a decision made unlawfully on the basis that in the circumstances of the case, ulterior events had shown that the breach would not in any event have had an impact on the legal outcome of the case.

[24] In my view, all these decisions support the following proposition: in a given context, even though a breach of the duty of procedural fairness or of a statutory requirement has occurred, a court may hold the ultimate view that because of the inconsequential, trivial or mere technical nature of the breach, the relief sought

[21] Se fondant enfin sur la décision du juge Hugessen dans l'affaire *Schaaf c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1984] 2 C.F. 334 (C.A.), le juge MacGuigan a ajouté [aux pages 651 et 652] :

Une dernière précision mérite peut-être d'être donnée : l'existence d'une ou même de plusieurs erreurs de droit sans conséquence, qui pourraient ne rien changer au résultat, n'oblige pas la Cour à annuler une décision aux termes de l'alinéa 28(1)b) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[. . .]

Dans toutes les causes citées, il fallait qu'il y ait une réelle possibilité que le résultat soit modifié.

[22] Pour résumer les arrêts *Kane, Toshiba* et *Assoc. canadienne de télévision par câble* : lorsque la violation de l'obligation d'équité procédurale consiste en un défaut de divulguer certains éléments de preuve, la cour, règle générale, interviendra en vertu de son pouvoir discrétionnaire si elle n'est pas en mesure de déterminer si la violation a joué au détriment de la partie qui s'estime lésée. En revanche, règle générale, lorsqu'elle dispose des éléments de preuve qui n'avaient pas été divulgués lors de l'audience qui s'est déroulée devant le tribunal administratif et qu'elle est convaincue qu'elle est en mesure de conclure qu'aucun préjudice n'a été causé et qu'il y a aucune possibilité ou probabilité qu'il existe un préjudice, la cour n'interviendra pas.

[23] L'arrêt récent rendu par notre Cour dans l'affaire *Stevens* portait, non pas sur un manquement à l'obligation d'équité procédurale mais sur un manquement à une exigence procédurale du texte législatif en cause. La Cour a refusé d'annuler une décision prise illégalement au motif qu'en raison des circonstances de l'espèce, des faits ultérieurs avaient démontré que ce manquement n'aurait de toute façon pas eu d'incidence sur l'issue de l'affaire sur le plan juridique.

[24] À mon avis, toutes ces décisions appuient la proposition suivante : dans un contexte donné, même s'il y a eu manquement à l'obligation d'équité procédurale ou manquement à une exigence de la loi, la cour peut quand même décider de refuser d'accorder la réparation demandée si elle estime que ce manquement

should not be granted.

[25] It should come as no surprise that the concept of prejudice has discreetly made its way into our administrative law. The proliferation of administrative decisions and of tribunal-made procedural rules, the advent of complex inquiries and the filing of sometimes frivolous and abusive judicial challenges have forced the courts to be more vigilant. As a result, courts have attempted to ensure on the one hand that no unreasonable or inappropriate procedural requirements which unduly burden the administrative process are imposed and on the second hand that judicial interventions in the administrative process aim at preventing or correcting real injustices and at putting substance ahead of form.

[26] Returning to *L'Heureux-Dubé J. in Baker*, at paragraph 21, when determining the content of the duty, “[a]ll of the circumstances must be considered.” Some factors have been singled out in the case law. The list given in *Baker*, “is not exhaustive” (at paragraph 28). “Other factors may also be important” (at paragraph 28). The guiding principle, in any given case, is that the persons affected “should have the opportunity to present their case fully and fairly, and have decisions affecting their rights, interests or privileges made using a fair, impartial and open process, appropriate to the statutory, institutional, and social context of the decision” (at paragraph 28).

[27] It would be a mistake, in my view, to routinely attempt to apply to a given process each of the five factors singled out in *Baker*, if only for the reason that they might just not fit a particular context. The importance of the decision, for example, was generally considered in cases where the decision had a direct impact on the individual rights of the person concerned. So interpreted, the factor can be a misleading factor when applied to decisions which do not, properly speaking, affect individual rights. I do not read *Baker* as suggesting that decisions affecting economic rights are

ne tire pas à conséquence, est sans importance ou est purement formel.

[25] Il n'est pas étonnant que le concept du préjudice se soit immiscé en douce dans notre droit administratif. La prolifération de décisions administratives et de règles de procédure établies par les tribunaux administratifs, l'apparition d'enquêtes complexes et l'existence de contestations judiciaires parfois frivoles et abusives ont contraint les tribunaux judiciaires à faire preuve d'une plus grande vigilance. Pour cette raison, les cours de justice ont cherché, d'une part, à s'assurer de ne pas indûment alourdir ou bloquer la procédure administrative par l'imposition d'exigences de procédure déraisonnables ou injustifiées et, d'autre part, à faire en sorte que leur intervention dans le processus administratif vise à empêcher et à corriger les véritables injustices et à faire passer le fond devant la forme.

[26] Je reviens aux propos de la juge *L'Heureux-Dubé*. Elle précise, au paragraphe 21 de l'arrêt *Baker*, que pour déterminer le contenu de l'obligation d'équité procédurale « [i]l faut tenir compte de toutes les circonstances ». Les tribunaux ont dégagé certains facteurs. La liste de facteurs proposés dans l'arrêt *Baker* « n'est pas exhaustive » (au paragraphe 28). « D'autres facteurs peuvent également être importants » (au paragraphe 28). Peu importe la situation considérée, le principe de base est que les personnes visées « doivent avoir la possibilité de présenter entièrement et équitablement leur position, et ont droit à ce que les décisions touchant leurs droits, intérêts ou privilèges soient prises à la suite d'un processus équitable, impartial et ouvert, adapté au contexte légal, institutionnel et social de la décision » (au paragraphe 28).

[27] Ce serait à mon avis une erreur que de chercher systématiquement à appliquer à un processus donné chacun des cinq facteurs dégagés dans l'arrêt *Baker*, ne serait-ce que parce qu'il se pourrait qu'ils ne cadrent pas avec le contexte en cause. Ainsi, on tient en principe compte de l'importance de la décision dans les cas où la décision a eu des répercussions directes sur les droits individuels de la personne concernée. Si on l'interprète de la sorte, ce facteur risque d'induire en erreur lorsqu'on l'applique à des décisions qui, à proprement parler, n'ont pas d'incidence sur des droits individuels.

by their nature less important than decisions affecting individual rights. It would be conceptually wrong to describe from the outset such decisions as being less important. I would rather start in all cases with the premise that all decisions are equally important for those who are affected by them and then examine how they actually affect the persons concerned. The decision at issue here has important economic consequences which may well end up affecting the daily life of workers, the survival of a trade and the well-being of a whole community. That, surely, militates in favour of some participatory rights in the process even if Parliament was relatively silent in that regard. In the case at bar, however, this important factor is to a large extent neutralized by the influence of three other factors: the type of investigation at issue, the statutory scheme and the procedural choices of the Agency.

Type of investigation

[28] We are dealing here with dumping and subsidy investigations made by the President of the Canada Border Services Agency under sections 31 to 41.2 [as amended*] of the *Special Import Measures Act*. The purpose of these investigations is to determine, in accordance with sections 15 to 30.4 [as amended **] of the Act, the normal value of goods, their export price, the margin of dumping, if any, and if so, the amount of subsidy, if any. It is fair to say that the exercise viewed as a whole is complex and technical and requires specialized analysis and calculations of commercial data. The exercise is essentially a fact-finding economic mission in an international trade context.

* The cites for amendments have not been added for reasons of brevity.

** The cites for amendments have not been added for reasons of brevity.

Je ne vois rien dans l'arrêt *Baker* qui donne à penser que les décisions qui ont une incidence sur des droits économiques sont, par définition, moins importantes que les décisions qui ont une incidence sur les droits individuels. Ce serait également une erreur, sur le plan conceptuel, de considérer dès le départ comme moins importantes pareilles décisions. Dans tous les cas, je partirais plutôt du principe que toutes les décisions revêtent la même importance pour les personnes qu'elles visent, pour ensuite me demander quelles incidences concrètes elles ont sur les personnes concernées. La décision en cause en l'espèce comporte d'importantes conséquences économiques qui risquent d'avoir des répercussions sur la vie quotidienne des travailleurs, sur la survie de ce secteur d'activité et sur le bien-être de l'ensemble de la collectivité. Ces facteurs militent certainement en faveur de la reconnaissance de certains droits de participation en faveur des intéressés et ce, même si le législateur est resté plutôt muet à cet égard. Dans le cas qui nous occupe, toutefois, ce facteur important se voit dans une large mesure neutralisé par l'influence de trois autres facteurs : le type d'enquête en cause, la nature du régime législatif et les choix de l'Agence en matière de procédure.

Type d'enquête

[28] Nous avons affaire en l'espèce à des enquêtes sur le dumping et le subventionnement menées par le président de l'Agence des services frontaliers du Canada en vertu des articles 31 à 41.2 [modifiés*] de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*. Ces enquêtes visent à déterminer, conformément aux articles 15 à 30.4 [modifiés **] de la Loi, la valeur normale des marchandises, leur prix à l'exportation, la marge de dumping, s'il y a eu lieu, et, dans l'affirmative, le montant de subvention, s'il en est. On peut à juste titre affirmer que, considéré dans son ensemble, ce processus est complexe et technique et qu'il exige des analyses et des calculs spécialisés de données commerciales. Il s'agit essentiellement d'une mission d'enquête économique dans un contexte de commerce international.

* La référence aux modifications a été omise pour des raisons de concision.

** La référence aux modifications a été omise pour des raisons de concision.

Statutory scheme

[29] The investigations are subject to very strict statutory time limits. The President must make a preliminary determination of dumping or subsidizing within 60 to 90 days after the initiation of an investigation (section 38 [as am. by S.C. 1994, c. 47, ss. 166, 185; 1999, c. 12, s. 22; 2005, c. 38, s. 134]); in exceptional circumstances, and before the expiration of the period of 90 days, the President may extend the period to 135 days (section 39 [as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 186; 1999, c. 12, s. 23; 2005, c. 38, s. 134]). The President must make a final determination of dumping or subsidizing within 90 days from the date of the preliminary determination (section 41 [as am. by S.C. 1994, c. 47, ss. 167, 185, 186; 1999, c. 12, s. 25; 2005, c. 38, s. 134]). The President has no authority under the Act to extend this final deadline. In the case at bar, the complaint was filed on August 13, 2004. The investigation was initiated by the President on October 4, 2004. The preliminary determination was made 135 days later, on February 16, 2005. The final determination was made 90 days later, on May 17, 2005. The time period allowed by the statute was used up to the last hour.

[30] Apart from a requirement that notices of the initiation of an investigation, of a preliminary determination and of a final determination be given to the parties and published in the *Canada Gazette* (subsections 34(1) [as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 164; 1999, c. 12, s. 17; 2005, c. 38, s. 134], 39(2), 41(3)) and that reasons be given for both determinations (subsections 38(3), 41(3)), the Act provides little guidance with respect to the manner in which the investigation is to proceed. The only requirements deal with “provision of evidence to the President” (sections 78 [as am. by S.C. 1999, c. 12, s. 42; 2005, c. 38, ss. 134, 135(E)] and 79 [as am. *idem*, s. 135(E)]) and “disclosure of information” (sections 82 to 88.1 [as amended ***]).

[31] Subsection 78(1) authorizes the President, by notice in writing, to require a person in Canada to provide evidence “under oath or otherwise”. According

*** The cites for amendments have not been added for reasons of brevity.

Régime législatif

[29] La Loi assujettit les enquêtes à des délais très stricts. Le président doit rendre une décision provisoire de dumping ou de subventionnement après le 60^e jour mais au plus tard le 90^e jour suivant la date de l'ouverture de l'enquête (article 38 [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 166, 185; 1999, ch. 12, art. 22; 2005, ch. 38, art. 134]); dans des circonstances exceptionnelles et avant l'expiration du délai de 90 jours, le président peut porter le délai à 135 jours (article 39 [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 186; 1999, ch. 12, art. 23; 2005, ch. 38, art. 134]). Le président doit rendre une décision définitive de dumping ou de subventionnement dans les 90 jours suivant la date de la décision provisoire (article 41 [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 167, 185, 186; 1999, ch. 12, art. 25; 2005, ch. 38, art. 134]). La Loi ne permet pas au président de proroger ce délai final. En l'espèce, la plainte a été déposée le 13 août 2004. Le président a ouvert l'enquête le 4 octobre 2004. La décision provisoire a été rendue 135 jours plus tard, le 16 février 2005. La décision définitive a été rendue 90 jours plus tard, le 17 mai 2005. Les délais ont été utilisés jusqu'à la limite permise par la Loi.

[30] Exception faite de l'obligation de donner avis aux intéressés de l'ouverture d'une enquête, de la décision provisoire et de la décision définitive et de publier ces avis dans la *Gazette du Canada* (paragraphe 34(1) [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 164; 1999, ch. 12, art. 17; 2005, ch. 38, art. 134], 39(2) et 41(3)) et de l'obligation de motiver ces deux décisions (paragraphe 38(3) et 41(3)), la Loi donne peu d'indications sur la façon dont l'enquête est censée se dérouler. Les seules obligations qui sont prévues portent sur la « présentation d'éléments de preuve au président » (articles 78 [mod. par L.C. 1999, ch. 12, art. 42; 2005, c. 38, art. 134, 135(A)] et 79 [mod., *idem*, art. 135(A)]) et sur la « communication de renseignements » (articles 82 à 88.1 [modifiés ***]).

[31] Le paragraphe 78(1) autorise le président à exiger par avis écrit d'une personne qu'elle fournisse les éléments précisés à l'avis « sous la foi du serment ou

*** La référence aux modifications a été omise pour des raisons de concision.

to subsection 78(4), nothing in section 78 “shall be construed as authorizing the President to require any person to provide evidence orally”.

[32] Section 83 [as am. *idem*, s. 134] grants every party (or its counsel if the information is confidential) “a right, on request, to examine the information [provided to the President] during normal business hours and a right, on payment of the prescribed fee, to be provided with copies of any such information that is in documentary form or that is in any other form in which it may be readily and accurately copied”.

[33] Persons who wish some or all of the evidence to be kept confidential must submit a statement designating as confidential the information and submit at the same time a non-confidential edited version or a non-confidential summary of the information (section 85 [as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 182; 2005, c. 38, s. 134]). Failure to provide the non-confidential edited version or summary within at most 30 days from the date the person has been informed of his failure will cause the President to ignore that evidence (subsection 87(3) [as am. *idem*]).

The Agency’s choice of procedures

(a) General practice

[34] The Agency has made public the practice it follows when it initiates an investigation. The document is entitled *Statement of Administrative Practices for the Special Import Measures Act* (June 2004).

[35] The very day an investigation is initiated, the Agency sends a request for information to all known exporters and importers. The request describes in detail the necessary information which must be prepared and submitted. Exporters are allowed 30 days and importers 21 days in which to respond. Extensions may be granted

autrement ». Aux termes du paragraphe 78(4), l’article 78 « n’a pas pour effet d’autoriser le président à exiger d’une personne qu’elle dépose oralement ».

[32] L’article 83 [mod., *idem*, art. 134] dispose que toute partie (ou son avocat si les renseignements sont confidentiels) « a droit, sur demande, de consulter les renseignements [. . .] fournis au président dans le cadre de la procédure pendant les heures d’ouverture et a droit, sur paiement des frais prévus par règlement, de s’en faire délivrer des copies si les renseignements sont contenus dans un document ou s’ils sont sous une forme qui permet de les reproduire facilement et avec exactitude ».

[33] La personne qui désire que les éléments de preuve soient gardés confidentiels en tout ou en partie fournit, en même temps que les renseignements, d’une part, une déclaration désignant comme tels les renseignements qu’elle veut garder confidentiels, d’autre part, une version ne comportant pas un résumé non confidentiel de ces renseignements (article 85 [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 182; 2005, ch. 38, art. 134]). Le président ne tient pas compte des renseignements à l’égard desquels l’intéressé ne lui a pas fourni de version ne comportant pas un résumé non confidentiel des renseignements désignés comme confidentiels dans un délai ne pouvant dépasser les 30 jours suivant celle à laquelle l’intéressé a été avisé de son défaut (paragraphe 87(3) [mod., *idem*]).

Les choix de l’Agence en matière de procédure

a) Procédure habituelle

[34] L’agence a rendu publique la procédure qu’elle suit lorsqu’elle ouvre une enquête. Le document est intitulé *Énoncé des pratiques administratives concernant la Loi sur les mesures spéciales d’importation* (juin 2004).

[35] L’Agence envoie une demande de renseignements à tous les exportateurs et importateurs connus dès le jour de l’ouverture de l’enquête. La demande explique en détail les renseignements qui doivent être réunis et présentés. Les exportateurs doivent répondre dans les 30 jours et les importateurs dans les 21 jours.

in exceptional circumstances. Information submitted past the time limit may not be considered in the preliminary phase of the investigation.

[36] The preliminary determination is made as much as possible on verified data, but time does not always allow for verification of all the information. The requirement for an on-site visit is at the option of the Agency. Notice is given of on-site visits and the party concerned is advised ahead of time of the material that is to be verified and of the data that must be made available at the time of the visit. A verification exercise is only conducted with the consent of the exporter and only if the foreign government does not object and if prior assurance is given that the investigators will have complete and full access to all company records that they deem necessary to examine.

[37] If a preliminary determination is made, the Agency's officers, on request, will review with individual exporters the calculations used. Explanations of all calculations together with the reasoning underlying the calculations are given at what is described as a disclosure meeting. Detailed calculations worksheets are provided and discussed. The approach which the Agency plans to use for the final determination is also discussed at that time in general terms. Information and arguments presented orally by parties at the disclosure meeting must be confirmed in writing; otherwise they will not be considered.

[38] In most cases, the investigation leading to the final decision consists of meetings with additional firms not yet visited, verifying new information, revisiting exporters for clarification of details and visiting importers if necessary. Disclosure meetings will be arranged, on request, after the final determination is issued.

Une prorogation de délai peut être accordée dans des circonstances exceptionnelles. Il se peut que les renseignements fournis après la date limite ne soient pas pris en considération au cours de la première étape de l'enquête.

[36] La décision provisoire repose le plus possible sur des données vérifiées, mais il n'est pas toujours possible de vérifier tous les renseignements dans les délais prévus. Il est loisible à l'Agence de vérifier sur place les renseignements fournis. Les intéressés sont avisés, avant la réunion de vérification, des renseignements qui feront l'objet de la vérification et des données auxquelles l'agence doit avoir accès au moment de la visite. La vérification n'a lieu qu'avec le consentement de l'exportateur et si le gouvernement étranger ne s'y oppose pas et à condition que les enquêteurs de l'ASFC reçoivent au préalable la garantie qu'ils auront un accès libre et total à tous les registres de la société qu'ils jugent bon d'examiner.

[37] Sur demande, après une décision provisoire, les agents de l'ASFC passent en revue, avec chacun des exportateurs, les calculs ayant servi à estimer leur marge de dumping ou leur montant de subvention respectif. Des explications de tous les calculs et du raisonnement qui les appuie sont fournies à l'occasion de ce qu'on appelle une réunion de communication de renseignements. Des feuilles de travail détaillées sont également fournies et discutées. La démarche que l'Agence entend suivre à la dernière étape de l'enquête est aussi discutée en termes généraux. Les renseignements et les observations transmis de vive voix par les parties doivent être confirmés par écrit, à défaut de quoi il n'en sera pas tenu compte.

[38] Dans la plupart des enquêtes, la poursuite de l'enquête en vue de la dernière décision consiste à rencontrer les entreprises qui n'ont pas déjà été visitées, à vérifier les nouveaux renseignements, à visiter de nouveau les exportateurs pour clarifier des détails et à visiter des importateurs, au besoin. Une réunion de communication de renseignements est organisée, sur demande, une fois qu'une décision définitive a été rendue.

(b) Participatory rights in general

[39] The Agency considers importers, exporters, Canadian producers and the foreign governments to be parties to the investigation. It requests information from them, it makes that information available to other parties, it allows the parties to submit case arguments and it allows the parties to reply to case arguments submitted.

[40] The Agency has established a practice of posting on its Web site an exhibit listing of all documents submitted by the parties. It has also created the SIMA registry whose task is to process requests made to obtain copies of the material listed on the Web site.

(c) Participatory rights in this investigation

[41] An investigation schedule was posted right from the start on the Agency's Web site. The schedule set out in details the various time limits imposed on the parties throughout the investigation. The following notice is found at the end of the schedule:

This Investigation Schedule will be updated as necessary. Parties/counsel should monitor the website to inform themselves of changes. Any changes which reduce the time allowed for parties/counsel to submit information or make representations will be communicated directly to parties/counsel.

[42] In the instant case, since the President extended the time limit for the preliminary determination, the investigation schedule was amended accordingly. The deadline to submit case arguments was set to March 25, 2005 and later extended to March 30, 2005. The deadline to submit briefs in reply to case arguments submitted by others was originally set to April 1, 2005 and it was eventually extended to April 19, 2005.

[43] In addition, and exceptionally, the Agency disclosed its preliminary calculations related to the final determination beginning on April 15, 2005. The Agency decided to disclose such information since the

b) Considérations générales au sujet des droits de participation

[39] L'Agence considère les importateurs, les exportateurs, les producteurs canadiens et les gouvernements étrangers comme des parties intéressées à l'enquête. Elle leur demande des renseignements et met ceux-ci à la disposition d'autres intéressés et elle permet aux intéressés de soumettre un mémoire et de déposer un contre-exposé en réponse au mémoire.

[40] L'Agence a pris l'habitude d'afficher sur son site Internet la liste de tous les documents soumis par les parties. Elle a également mis sur pied un Centre de dépôt et de communication de documents de la LMSI qui est chargé d'examiner les demandes visant à obtenir des copies des documents énumérés sur son site Internet.

c) Droits de participation dans la présente enquête

[41] Un calendrier d'enquête a été affiché dès le début sur le site Internet de l'Agence. L'échéancier précise les divers délais que les parties doivent respecter pendant toute la durée de l'enquête. On trouve l'avis suivant à la fin du calendrier :

Ce calendrier d'enquête sera mis à jour au besoin. Les parties et les avocats doivent consulter le site Web pour se tenir au courant des modifications. Toute modification qui réduit le temps accordé aux parties et aux avocats pour soumettre des renseignements ou faire des observations sera directement communiquée aux parties et aux avocats.

[42] Dans le cas qui nous occupe, comme le président avait repoussé la date à laquelle il devait rendre sa décision provisoire, le calendrier d'enquête a été modifié en conséquence. La date d'échéance pour recevoir les mémoires a d'abord été fixée au 25 mars 2005, pour être ensuite reportée au 30 mars 2005. La date d'échéance pour recevoir les contre-exposés de toutes les parties en réponse aux mémoires, qui avait d'abord été fixée au 1^{er} avril 2005 a finalement été repoussée au 19 avril 2005.

[43] De plus, l'Agence a, de façon exceptionnelle, divulgué à compter du 15 avril 2005 ses calculs préliminaires en vue de la décision définitive. L'Agence a décidé de divulguer ces renseignements étant donné

calculations were now based on verified information and indicated that there would be substantive changes from those reported at the preliminary determination. This approach provided counsel with an opportunity to comment on the results of each exporter as they became available.

Conclusion on the duty of procedural fairness

[44] It flows from the above that the investigation is essentially a paper investigation that is as distant as it can possibly be from the judicial decision-making model and very much remote from the process typically associated with administrative tribunals. I find it quite remarkable that the statute prescribes that a party does not as of right receive the information provided to the President: the party is only entitled, on request, to examine the information at the President's premises and can only obtain copies of the information in a documentary form on payment of a fee. These statutory participatory rights are at the extreme bottom end of the procedural fairness scale.

[45] It also flows from the above that an investigation by the President can end up in certain cases being a race against the clock. This is the express will of Parliament, presumably out of economic necessity. One has to accept that notwithstanding the diligence of the Agency and of all the parties, incidents are likely to occur which, in this particular context, will be seen as being inescapably inherent to the process. Investigations of that magnitude (360,000 pages, six countries, three continents, five or six different languages) can simply not be completed within the maximum allotted time (225 days) unless the duty of procedural fairness is set at a low threshold. There can be no legitimate expectation of a higher threshold. Perfection or near-perfection is simply not in sight.

[46] As I understand counsel's arguments with respect to procedural fairness, he complains that he struggled to

que les calculs reposaient déjà sur des renseignements vérifiés, tout en précisant que ses calculs ultimes seraient très différents de ceux publiés dans sa décision provisoire. Cette façon de procéder a permis aux avocats de faire valoir leur point de vue au sujet des chiffres concernant chacun des autres exportateurs au fur et à mesure de leur publication.

Conclusion sur l'obligation d'équité procédurale

[44] Il ressort de ce qui précède que l'enquête est essentiellement une mesure administrative qui se situe aux antipodes du modèle juridictionnel traditionnel et qui n'a pas grand-chose à voir avec la procédure que l'on associe habituellement aux tribunaux administratifs. Je trouve très révélateur que la Loi ne reconnaisse pas aux intéressés le droit de prendre connaissance des renseignements qui ont été communiqués au président : le seul droit qui est reconnu à l'intéressé est celui, sur demande, d'examiner les renseignements en question aux bureaux du président. L'intéressé ne peut d'ailleurs obtenir que des copies de ces renseignements contenus dans un document et ce moyennant le paiement de certains frais. Les droits de participation reconnus par la Loi dans le cas qui nous occupe se situent à l'extrémité inférieure de l'échelle en matière d'équité procédurale.

[45] Il ressort également de ce qui précède que l'enquête menée par le président peut, dans certains cas, se transformer en une course contre la montre. C'est la volonté clairement exprimée par le législateur, vraisemblablement en raison d'impératifs économiques. Force est de reconnaître que, malgré toute la diligence dont l'Agence et les intéressés peuvent faire preuve, il surviendra probablement des incidents qui, dans ce contexte précis, seront considérés comme faisant intrinsèquement partie du processus. Il est tout simplement impossible de mener à terme une enquête de cette envergure (360 000 pages, six pays, trois continents, cinq ou six langues différentes) dans le délai maximal prévu (225 jours) à moins de réduire à un bas niveau les exigences à respecter pour remplir l'obligation d'équité procédurale. On ne peut légitimement s'attendre à un critère plus exigeant. On ne saurait viser la perfection ni même la frôler dans ce domaine.

[46] Si j'ai bien compris les arguments qu'il a formulés au sujet de l'équité procédurale, l'avocat se

obtain access to some material, that some documents were produced out of time, that public versions of confidential information were made available too late, that the Agency refused to abide by the published investigation schedule and that, as a result of the failure to close the record as scheduled, the President “appears to have abandoned all semblance of procedural integrity” and rendered “a decision on the basis of a disordered record and incomplete and unfinished reports.”

[47] Some of these allegations are well founded. Others are not. Some are mere speculations. Counsel did not explain, in his memorandum of fact and law, nor was he able to at the hearing, how the few incidents that actually occurred, in and of themselves or through their cumulative effect, deprived the applicant of a fair hearing in the context of a SIMA investigation.

[48] There were, admittedly, flaws in the application of the procedural rules set out by the Agency. But these flaws were nothing but incidents inherent to the process and inconsequential in the context of the whole investigation. They constituted at best a breach of some of the procedural rules and in no way can they be said to have breached the requirements of the duty of procedural fairness owed to the applicant. The applicant participated in all the phases of the investigation, and its views were sought throughout. Put simply, the applicant had a full opportunity to be heard. Although the hearing was perhaps imperfect, it was nevertheless on balance fair, reasonable and appropriate in the circumstances. To repeat the words of Chief Justice McLachlin in *Canadian Pacific Railway Co. v. Vancouver (City)*, “what is required is fairness, not perfection” (at paragraph 46).

[49] The statute provides very little procedural safeguards. The Agency went beyond the requirements of the statute in adopting the rules of procedure

plaint qu’il a eu à se battre pour obtenir l’accès à certains documents, que certains documents ont été produits après l’expiration des délais, que la version publique de renseignements confidentiels a été mise à sa disposition trop tard, que l’Agence a refusé de se conformer au calendrier de l’enquête qu’elle avait elle-même établi et que, par suite de son défaut de clore le dossier selon l’échéancier prévu, le président [TRADUCTION] « semble avoir laissé tomber toute apparence d’intégrité procédurale » et avoir rendu [TRADUCTION] « une décision reposant sur un dossier embrouillé et incomplet et sur des rapports inachevés ».

[47] Certaines de ces accusations sont fondées, d’autres pas. Certaines sont de pures spéculations. L’avocat n’a pas expliqué, dans son mémoire exposant les faits et le droit — et il n’a pas réussi à tirer la question au clair à l’audience — comment les quelques incidents qui étaient effectivement survenus avaient pu, en eux-mêmes ou de par leur effet cumulatif, priver la demanderesse de son droit à une instruction équitable dans le contexte d’une enquête régie par la LMSI.

[48] Certes, la façon dont les règles de procédure établies par l’Agence ont été appliquées en l’espèce comporte des lacunes. Mais ces lacunes n’étaient rien de plus que des incidents inhérents à la procédure et elles étaient sans conséquence sur l’ensemble de l’enquête. Elles constituent tout au plus un manquement à certaines règles procédurales et l’on ne saurait d’aucune façon prétendre qu’elles ont entraîné une violation des exigences de l’obligation d’équité procédurale envers la demanderesse. La demanderesse a participé à toutes les phases de l’enquête et ses points de vue ont été sollicités en tout temps. En somme, la demanderesse a eu toute possibilité de se faire entendre. Malgré ses imperfections, l’enquête était, tout bien pesé, équitable, raisonnable et appropriée dans les circonstances. Pour reprendre la formule employée par la juge en chef McLachlin dans l’arrêt *Chemin de fer Canadien Pacifique c. Vancouver (Ville)*, « c’est l’équité qui s’impose et non la perfection » (au paragraphe 46).

[49] La Loi prévoit peu de garanties procédurales. L’Agence est allée au-delà de ce que la Loi exige en établissant des règles de procédure applicables à ce type

applicable to such investigation. In view of the importance of the decisions it makes, the Agency is amply justified and prudent in proceeding as it does. The Agency devised rules of procedure that are fair, reasonable and appropriate considering the rigid and complex context within which it operates. This Court has made it clear, in *Cougar Aviation Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2000), 26 admin. L.R. (3d) 30 (F.C.A.), at paragraph 62 and in *Xwave Solutions Inc. v. Canada (Public Works and Government Services)* (2003), 5 Admin. L.R. (4th) 280 (F.C.A.), that procedural choices of tribunals such as the Agency should not be lightly interfered with.

[50] In the end, I have reached the conclusion that the flaws that have occurred during the investigation did not individually or collectively constitute a breach of the duty of procedural fairness.

Legal issues

[51] The applicant raises three legal issues:

- (a) the refusal of the President to disclose verification reports in alleged violation of the full disclosure requirements of section 83 of the Act;
- (b) the calculation of transfer prices in related party transactions, which allegedly was not done in accordance with OECD *Transfer Pricing Guidelines* allegedly endorsed by the Agency; and
- (c) the calculation of the margin of dumping, which allegedly was made in violation of the formula set out in subsection 30.2(1) [as enacted by S.C. 1994, c. 47, s. 159; 1999, c. 12, s. 13(E); 2005, c. 38, s. 134] of the Act.

The verification reports

[52] The first alleged error will be examined on the basis of the standard of correctness because it is closely associated with concerns of procedural fairness and also

d'enquête. Compte tenu de l'importance que revêtent les décisions qu'elle rend, l'Agence est amplement justifiée d'agir comme elle le fait et elle fait preuve de prudence. L'Agence a élaboré des règles de procédure qui sont justes, raisonnables et appropriées, si l'on tient compte du contexte rigide et complexe dans lequel elle exerce ses activités. Notre Cour a d'ailleurs bien précisé, dans les arrêts *Cougar Aviation Ltd. c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)*, [2000] A.C.F. n° 1946 (C.A.) (QL), au paragraphe 62 et *Xwave Solutions Inc. c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)*, 2003 CAF 301, qu'il ne faut pas s'immiscer à la légère dans les choix de procédure que font les tribunaux administratifs comme l'Agence.

[50] En dernière analyse, j'en suis arrivé à la conclusion que les irrégularités qui se sont produites au cours de l'enquête ne constituent ni individuellement ni collectivement une violation de l'obligation d'équité procédurale.

Questions juridiques

[51] La demanderesse soulève les trois questions juridiques suivantes :

- a) le refus du président de divulguer les rapports de vérification constituerait un manquement aux exigences de l'article 83 de la Loi en matière de communication intégrale;
- b) le calcul du prix de transfert dans le cas d'opérations avec apparentés n'a pas été effectué conformément aux *Principes applicables en matière de prix de transfert* de l'OCDE auxquels aurait souscrit l'Agence;
- c) le calcul de la marge de dumping n'aurait pas été effectué conformément à la formule prévue au paragraphe 30.2(1) [édicte par L.C. 1999, ch. 47, art. 159; 1999, ch. 12, art. 13(A); 2005, ch. 38, art. 134] de la Loi.

Les rapports de vérification

[52] La première erreur reprochée au président sera examinée en fonction de la norme de la décision correcte parce qu'elle est étroitement liée à la question

because it involves the interpretation of the word “information”, in the Act, with respect to which the Agency has no special expertise. The nature and scope of disclosure under the Act is a matter akin to that in issue in *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, at paragraph 33, where the Supreme Court of Canada applied the standard of correctness to the construction of the words “sale of goods for export to Canada” and “a condition of the sale of the goods” which were said not to be “scientific or technical” and to be concepts “intrinsic to commercial law. . . . traditionally the province of the Courts.”

[53] The verification reports were not disclosed to the applicant during the investigation on the basis that they were not, properly speaking, “information” or “evidence”, but were, rather, internal documents prepared by officers of the Agency for the use of the President. The reports were filed before this Court, on a confidential basis, so as to enable us to determine their true nature.

[54] The reports at issue slightly differ in form from one to another, but in essence they each constitute the result of the audit undertaken by the Agency’s investigators of the written documentation provided to the President by some foreign firms in the course of the investigation. (That written documentation is made available to the applicant and is not at issue here.) The reports contain in an Appendix all the documentary evidence that was provided by the firm to the investigators in the course of the auditing process; that documentary evidence is referred to as “Verification Exhibits” and is made available to the applicant. Some reports also contain references to what is reported as having been said or done by employees of the concerned firm during the audit.

[55] In reality, therefore, the only “information” or “evidence” to which the applicant is not given access is that provided orally in the course of the audit and the

de l’équité procédurale et parce qu’elle implique que l’on interprète le mot « renseignements » que l’on trouve dans la Loi, ce à l’égard de quoi l’Agence n’a pas d’expertise spéciale. La nature et l’étendue de l’obligation de divulgation prévue par la Loi sont des questions qui s’apparentent à celles qu’a examinées la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, au paragraphe 33, pour appliquer la norme de la décision correcte à l’interprétation des mots « vente de marchandises pour exportation au Canada » et « en tant que condition de la vente des marchandises ». La Cour a estimé que les questions en litige n’étaient pas « de nature scientifique ou technique » et qu’elles commandaient l’application de « concepts inhérents au droit commercial » et que « [c]es questions relèvent traditionnellement de la compétence des tribunaux judiciaires ».

[53] Les rapports de vérification n’ont pas été communiqués à la demanderesse au cours de l’enquête au motif qu’ils ne constituaient pas, à strictement parler, des « renseignements » ou des « éléments de preuve » mais bien des documents internes établis par des agents de l’ACSF à l’usage du président. Les rapports ont été déposés devant notre Cour sous le sceau du secret pour nous permettre d’en déterminer la véritable nature.

[54] Les rapports en litige diffèrent légèrement de forme l’un de l’autre mais ils constituent essentiellement le résultat de la vérification entreprise par les agents de l’ACSF au sujet des documents transmis au président par certaines sociétés étrangères au cours de l’enquête (ces documents ont été mis à la disposition de la demanderesse et ils ne sont pas en litige en l’espèce). Les rapports renferment en annexe toute la preuve documentaire que la société a fournie aux enquêteurs dans le cadre de leur vérification; cette preuve documentaire est désignée sous le nom de « pièces de vérification » et elle a été mise à la disposition de la demanderesse. Certains rapports font également état des propos tenus ou des gestes accomplis par les employés de la société concernée au cours de la vérification.

[55] En réalité donc, les seuls « renseignements » ou « éléments de preuve » auxquels la demanderesse n’a pas accès sont ceux qui ont été communiqués de vive

summary, description, analysis or interpretation of that oral evidence and of the Verification Exhibits which are made by the investigators in their verification reports.

[56] This is not “information” (or “evidence”) “provided to the President” within the meaning of sections 78, 82 and 83 of the Act. As noted earlier, we are concerned here with an investigation which is a paper-only investigation. Oral testimony is not contemplated by Parliament or by the Agency’s rules and the totality of the information provided to the President is submitted to him in writing. Even when it comes to comments or arguments by any of the parties, which have been made orally during a “disclosure meeting,” we have seen that they will be ignored by the President unless they are submitted to him in written form without delay.

[57] In the circumstances, reports prepared by investigators on conversations they had with employees of audited firms in the course of the audit cannot be properly described as information provided to the President by the parties within the meaning of the Act. The summary, description, analysis or interpretation by the investigators of the information they receive during the audit are internal documents which need not be disclosed.

The second and third alleged errors: the standard of review

[58] The second and third alleged errors will be examined on the basis of the standard of reasonableness, for the following reasons.

[59] The fact that Parliament, in section 96.1 [as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 44; 1993, c. 44, s. 220; 1994, c. 47, s. 183; 1999, c. 12, s. 47; 2002, c. 8, s. 182; 2005, c. 38, s. 134] of the Act, has allowed judicial review of a President’s actions made in a procedural or substantive context points to more deference.

[60] The questions of whether the President properly tested transfer prices and properly calculated the

voix au cours de la vérification, ainsi que le résumé, la description, l’analyse ou l’interprétation de cette preuve orale et des pièces de vérification établies par les enquêteurs dans leur rapport de vérification.

[56] Il ne s’agit pas de « renseignements » (ou d’« éléments de preuve ») « fournis au président » au sens des articles 78, 82 et 83 de la Loi. Ainsi qu’il a déjà été signalé, nous avons affaire ici à une enquête qui est exclusivement une enquête sur dossier. Ni le législateur ni les règles de l’Agence ne prévoient de témoignages et la totalité des renseignements communiqués au président lui sont soumis par écrit. Nous avons vu aussi que le président ne tient aucun compte des observations et des arguments que les intéressés ont formulés verbalement lors de la « réunion de communication de renseignements » à moins qu’ils ne lui soient soumis sans retard par écrit.

[57] Dans ces conditions, on ne saurait qualifier de renseignements fournis au président par les intéressés au sens de la Loi les rapports établis par les enquêteurs au sujet des conversations qu’ils ont eues avec le personnel des sociétés faisant l’objet d’une vérification. Le résumé, la description, l’analyse ou l’interprétation que les enquêteurs font des renseignements qu’ils reçoivent au cours de la vérification constituent des documents internes qu’il n’est pas nécessaire de divulguer.

Deuxième et troisième erreurs reprochées — Norme de contrôle

[58] La deuxième et la troisième erreurs reprochées seront, pour les raisons suivantes, examinées en fonction de la norme de la décision raisonnable.

[59] Le fait qu’à l’article 96.1 [édicte par L.C. 1988, ch. 65, art. 44; 1993, ch. 44, art. 220; 1994, ch. 47, art. 183; 1999, ch. 12, art. 47; 2002, ch. 8, art. 182; 2005, ch. 38, art. 134] de la Loi, le législateur permette le contrôle judiciaire des mesures prises par le président sur le plan de la procédure ou du fond commande un degré plus élevé de retenue judiciaire.

[60] La question de savoir si le président a correctement établi les prix de transfert et s’il a bien

margins of dumping draw on the President's expertise in international trade matters. These issues are technical and the statute, in paragraphs 19(a) [as am. *idem*] and 19(b) [as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 155; 2005, c. 38, s. 134], confers some discretion on the President. Were courts to become mired in all the minutia of detail informing a margin of dumping calculation, it is sure that they would not see the light of day beneath the volumes of evidence that would assuredly be produced—as they were in this case—on judicial review. This factor points to more, and considerable, deference.

[61] The purpose of legislation factor is a neutral factor. While there are, maybe, some polycentric elements in the decision made by the President, he is not asked to make pronouncements on policy nor to balance the rights of competing economic factors. He is asked in the end to calculate dumping in a manner that conforms with the Act.

[62] Finally, the questions at issue are not purely legal issues, notwithstanding the applicant's efforts to characterize them as such. Determining transfer pricing is essentially fact specific, requiring first an investigation into whether a corporation actually sells to related companies and, if so, on what basis are transaction prices established. Similarly, the question of how dumping is determined, is essentially a mathematical calculation using data collected by the President. While these questions contain legal elements, the emphasis is largely factual. More deference is warranted.

[63] In the end, after balancing the four factors singled out by the Supreme Court of Canada, I reach the conclusion that the standard of review lays somewhere between the reasonableness standard and the patent unreasonableness standard. As I prefer to err on the side of caution, I will adopt the reasonableness standard.

calculé les marges de dumping relève de la compétence spécialisée du président en matière de commerce international. Ce sont des questions techniques et la Loi confère, à ses alinéas 19a) [mod., *idem*] et 19b) [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 155; 2005, ch. 38, art. 134], une certaine latitude au président. Si les tribunaux judiciaires devaient s'embourber dans tous les menus détails ayant trait au calcul des marges de dumping, il est certain qu'ils crouleraient sous l'avalanche d'éléments de preuve qui leur seraient assurément présentés dans le cadre d'un contrôle judiciaire. C'est d'ailleurs ce qui s'est produit en l'espèce. Ce facteur commande une retenue encore plus grande de notre part.

[61] Le facteur de l'objet de la loi est un facteur neutre. Bien que sa décision puisse comporter certains éléments polycentriques, le président n'est pas appelé à se prononcer sur des principes ni à soupeser les droits conférés par des facteurs économiques opposés. Il est appelé en fin de compte à calculer le dumping d'une manière qui soit conforme à la Loi.

[62] Enfin, les questions en litige ne sont pas des questions purement juridiques, malgré les tentatives faites par la demanderesse pour les qualifier ainsi. L'établissement des prix de transfert est une démarche essentiellement axée sur les faits, qui exige dans un premier temps de s'assurer que la société en cause vend effectivement des produits à des sociétés apparentées et, dans l'affirmative, à vérifier à quelles conditions le prix des opérations est établi. De même, pour décider s'il y a dumping, on effectue essentiellement un calcul mathématique en se servant des données recueillies par le président. Bien que ces questions comportent des aspects juridiques, l'accent est essentiellement mis sur les faits, ce qui commande un degré de retenue plus élevé.

[63] En fin de compte, après avoir soupesé les quatre facteurs énumérés par la Cour suprême du Canada, j'en arrive à la conclusion que la norme de contrôle applicable se situe quelque part entre la norme de la décision raisonnable et celle de la décision manifestement déraisonnable. Comme j'estime préférable de pêcher par excès de prudence, je retiens la norme de la décision raisonnable.

Calculation of related party transaction prices

[64] The applicant has provided no example, no law, and no evidence to support its claim that related party transactions were accounted for improperly by the President. Its argument is based on a microscopic reading of one part of one sentence in the President's reasons, at paragraph 62, and on a misapprehension of what the President actually said in that sentence.

[65] According to section 2, the definition section of the Act, "normal value" means "normal value determined in accordance with sections 15 to 23 and 29 and 30". In this case, normal values were determined primarily under sections 15 [as am. by S.C. 2005, c. 38, s. 134] and 19. Section 19 gives the President wide discretion as to which of the two methods prescribed by the Act should be used in a given case to determine the normal value of the goods. The method prescribed in paragraph 19(b) leads to the normal value of the goods being determined as "the aggregate of (i) the cost of production of the goods, (ii) a reasonable amount for administrative, selling and all other costs, and (iii) a reasonable amount for profits." The applicant alleges that the President did not include items (ii) and (iii) in the calculation. The evidence simply does not support the allegation. Furthermore, the President referred to "the total cost of the product," which encompasses the three items described above, and not, as suggested by the applicant, solely to "the cost of production."

[66] The applicant also alleges that the President erred in refusing to have the transfer prices between related parties tested in accordance with *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration*. It was reasonably open to the President to find, as he did, that these guidelines did not pertain to domestic transfer prices between related companies, were primarily aimed at minimizing conflicts between tax administrations and were not binding on the Agency.

Calcul du prix de transfert dans le cas d'opérations avec apparentés

[64] La demanderesse n'a cité aucun exemple, aucune règle de droit et aucun élément de preuve pour justifier son affirmation que le président a incorrectement calculé les opérations avec apparentés. Son argument repose sur une lecture microscopique d'une partie d'une des phrases des motifs du président, au paragraphe 62, et sur une mauvaise interprétation de ce que le président a effectivement dit dans ce passage.

[65] Aux termes de l'article 2 de la Loi — l'article des définitions — la « valeur normale » est « [l]a valeur établie conformément aux articles 15 à 23, 29 et 30 ». Dans le cas qui nous occupe, la valeur normale a surtout été établie conformément aux articles 15 [mod. par L.C. 2005, ch. 38, art. 134] et 19. L'article 19 confère au président un vaste pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne la question de savoir laquelle des deux méthodes prescrites par la Loi devrait être utilisée dans un cas déterminé pour établir la valeur normale. Suivant la méthode prescrite à l'alinéa 19b), la valeur normale des marchandises correspond à la somme des montants suivants : « (i) le coût de production des marchandises, (ii) un montant raisonnable pour les frais, notamment les frais administratifs et les frais de vente, (iii) un montant raisonnable pour les bénéfices ». La demanderesse soutient que le président n'a pas tenu compte des montants (ii) et (iii) dans son calcul. Cette affirmation n'est tout simplement pas étayée par la preuve. Le président a parlé du « coût total du produit », lequel comprend les trois éléments susmentionnés et non, comme le prétend la demanderesse, uniquement « le coût de production ».

[66] La demanderesse allègue aussi que le président a commis une erreur en refusant de vérifier les prix de transfert entre les apparentés conformément aux *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises* de l'OCDE. Il était raisonnablement loisible au président de conclure, comme il l'a fait, que ces principes ne s'appliquent pas aux prix de transfert national entre sociétés apparentées, qu'ils visent surtout à minimiser les conflits entre les administrations fiscales et qu'ils ne lient pas l'Agence.

Calculation of the margin of dumping

[67] The third and final alleged error is with respect to the President's interpretation of subsection 30.2(1) of the Act. That subsection reads as follow:

30.2 (1) Subject to subsection (2), the margin of dumping in relation to any goods of a particular exporter is zero or the amount determined by subtracting the weighted average export price of the goods from the weighted average normal value of the goods, whichever is greater.

[68] The applicant, essentially, argues that the President erred in making "a significant departure from established practice in respect of the calculation of margins of dumping," i.e., to use the very words of the President, "in discontinuing the Agency's practice of zeroing for purpose of determining a margin of dumping for an exporter."

[69] A change of policy, in and of itself, is not an error unless it offends the enabling statute. Indeed, policies are rarely written in stone and it is very much within the realm of administrative tribunals to set them out and, when the need arises, to adapt them to new realities.

[70] I will not comment on the previous policy. The only question the Court must answer is whether it is reasonable to interpret subsection 30.2(1) of the Act as allowing the Agency, where determining a margin of dumping for an exporter, to take into consideration export sales that reveal no dumping (because their price is equal to or greater than the home-market sales price), a practice which will often result in a reduction of the overall margin of dumping found for that exporter.

[71] I see nothing in the language of subsection 30.2(1) which prevents taking into account all export sales price in order to determine the margins of dumping. Quite to the contrary, and the French text is perhaps even clearer in this regard, the method used is comparing the weighted average export price of the goods with their weighted average normal value.

Calcul de la marge de dumping

[67] La troisième et dernière erreur reprochée au président est son interprétation du paragraphe 30.2(1) de la Loi, qui est ainsi libellé :

30.2 (1) Sous réserve du paragraphe (2), la marge de dumping relative à des marchandises d'un exportateur donné est égale à zéro ou, s'il est positif, au résultat obtenu en retranchant la moyenne pondérée du prix à l'exportation des marchandises de la moyenne pondérée de la valeur normale des marchandises.

[68] La demanderesse soutient essentiellement que le président a commis une erreur [TRADUCTION] « en s'écartant sensiblement de la pratique établie en matière de calcul des marges de dumping ». En effet, pour reprendre les paroles mêmes du président : « L'ASFC a récemment mis fin à sa pratique consistant à "réduire à zéro", c.-à-d. de déterminer la marge de dumping dans le cas de l'exportateur ».

[69] Un changement de politique ne constitue pas en soi une erreur, à moins qu'il ne contrevienne à la loi habilitante. D'ailleurs, les politiques sont rarement immuables et il est parfaitement loisible aux tribunaux administratifs de les formuler et de les modifier au besoin pour les adapter à de nouvelles réalités.

[70] Je ne vais pas commenter l'ancienne politique. La seule question à laquelle la Cour doit répondre est celle de savoir si l'on peut raisonnablement considérer que le paragraphe 30.2(1) de la Loi permet à l'Agence, lorsqu'elle calcule la marge de dumping d'un exportateur, de tenir compte des ventes à l'exportation qui ne révèlent pas de dumping (parce que leur prix est égal ou supérieur au prix de vente sur le marché intérieur), une pratique qui se traduit souvent par une réduction de la marge globale de dumping attribuée à l'exportateur en cause.

[71] Je ne vois rien dans le libellé du paragraphe 30.2(1) qui nous empêcherait de tenir compte de la totalité des ventes à l'exportation pour calculer les marges de dumping. Bien au contraire — et le texte français est peut-être plus clair à cet égard —, la méthode employée consiste à comparer la moyenne pondérée du prix à l'exportation des marchandises avec

Average weighting, in my view, calls for an examination of all the relevant export sales made during the relevant period, even those that show no dumping. The reference to “zero” in the subsection would be useless if, as argued by counsel, only sales that show evidence of dumping were to be considered.

[72] Some of the export sales may be at the same price as the home-market sales, some at a higher price and others at a lower price, with the result, respectively, of having a neutral effect on the margin of dumping, of reducing the margin of dumping and of increasing the margin of dumping. In order to account for the possibility that the average weighting of all the export sales result in a negative integer, the Act provides that a negative result be zeroed after the final weighted dumping margin has been established. In other words, zeroing does not occur on a transaction-by-transaction basis; it is only applied after the weighted margin of dumping is calculated.

[73] In the end, the final calculation will result either in zero or in a positive number. When it results in a positive number, that number becomes the margin of dumping and if it is less than two per cent of the export price, it will be deemed by section 2 of the Act to be “insignificant”. The President then has the duty, under section 35 [as am. by S.C. 1999, c. 12, s. 17; 2005, c. 38, s. 134], to terminate the investigation.

[74] This approach is consistent with recent decisions of the World Trade Organization appellate body (see Appellate Body Report, *European Communities—Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-type Bed Linen from India*, WT/DS141/AB/R (March 12, 2001); Appellate Body Report, *United States—Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada*, WT/DS264/AB/R (August 2004); and Appellate Body Report, *United States—Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada*, WT/DS264/AB/RW

la moyenne pondérée de la valeur normale des marchandises. L'établissement de la moyenne pondérée nous oblige, selon moi, à tenir compte de la totalité des ventes à l'exportation pertinentes réalisées au cours de la période en cause, même des ventes qui n'indiquent pas qu'il y a eu dumping. La mention du chiffre « zéro » dans ce paragraphe perdrait son sens si, comme le prétend l'avocat, on ne tenait compte que des ventes comportant des indices de dumping.

[72] Certaines des ventes à l'exportation peuvent avoir lieu au même prix que les ventes effectuées sur le marché intérieur, certaines peuvent être effectuées à un prix supérieur et d'autres à un prix inférieur, de sorte que ces ventes n'ont aucune incidence sur la marge de dumping dans la première hypothèse, ou la réduisent ou l'augmentent dans les deux autres cas. Pour tenir compte de la possibilité que l'établissement de la moyenne pondérée de l'ensemble des ventes à l'exportation se solde par un nombre entier négatif, la Loi prévoit que tout résultat négatif est ramené à zéro après que la marge de dumping pondérée définitive a été établie. En d'autres termes, la réduction à zéro n'a lieu qu'au cas par cas, selon l'opération considérée et elle n'est appliquée qu'une fois que la marge de dumping pondérée a été calculée.

[73] À terme, le calcul final égalera zéro ou se soldera par une valeur positive. Lorsqu'il se traduit par un chiffre positif, celui-ci devient la marge de dumping qui, si elle est inférieure à deux pour cent du prix à l'exportation des marchandises, est réputée « minimale » aux termes de l'article 2 de la Loi. L'article 35 [mod. par L.C. 1999, ch. 12, art. 17; 2005, ch. 38, art. 134] oblige alors le président à faire clore l'enquête.

[74] Cette méthode s'accorde avec les décisions récentes de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (voir Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes—Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance de l'Inde*, WT/DS 141/AB/R (12 mars 2001); Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis—Détermination finale de l'existence d'un dumping concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS 264/AB/R (août 2004);

(August 15, 2006)). While these decisions are not binding on this Court and dealt with provisions of international agreements which are not literally similar to those found in the Canadian statute, it is not unreasonable for the Agency, nor for this Court, to take them into consideration.

[75] As the new approach adopted by the Agency is consistent with both the Canadian statute and international agreements to which Canada is a party, it can hardly be qualified as unreasonable.

Disposition

[76] For the above reasons, I would dismiss this application in so far as the People's Republic of China, Sichuan Shengda Wooden Products Col. Ltd and Asia Dekor Industries (Shenzhen) Co. Ltd are concerned, without costs.

[77] I would quash the application in so far as the other Chinese and the French exporters are concerned.

[78] I would dismiss the application with respect to all other respondents.

[79] I would grant costs to the respondents who have filed a memorandum of fact and law, it being understood that there will be one set of costs when various respondents were represented by the same counsel.

NOËL J.A.: I agree.

NADON J.A.: I agree.

et Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis —Détermination finale de l'existence d'un dumping concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS 264/AB/RW (15 août 2006)). Bien que notre Cour ne soit pas liée par ces décisions, qui portaient sur les dispositions d'accords internationaux dont le libellé diffère quelque peu de celui que l'on trouve dans la loi canadienne, il n'est pas déraisonnable de la part de l'Agence ou de la Cour d'en tenir compte.

[75] Comme la nouvelle méthode adoptée par l'Agence s'accorde tant avec la Loi canadienne qu'avec les accords internationaux auxquels le Canada est partie, on ne peut guère la qualifier de déraisonnable.

Dispositif

[76] Pour les motifs que je viens d'exposer, je suis d'avis de rejeter la présente demande en ce qui concerne la République populaire de Chine, Sichuan Shengda Wooden Products Col. Ltd et Asia Dekor Industries (Shenzhen) Co. Ltd, le tout sans frais.

[77] Je suis d'avis d'annuler la demande pour ce qui est des autres exportateurs chinois et français.

[78] Je suis d'avis de rejeter la demande en ce qui concerne toutes les autres défenderesses.

[79] Je suis d'avis d'adjuger les dépens aux défendeurs qui ont déposé un mémoire exposant les faits et le droit, à condition qu'il n'y ait qu'une seule série de dépens dans le cas des défendeurs qui étaient représentés par le même avocat.

LE JUGE NOËL, J.C.A. : Je suis du même avis.

LE JUGE NADON, J.C.A. : Je suis du même avis.